

كلية الحقوق
قسم القانون المدني

الحقوق العينية التبعية

الرهن الرسمي – حقوق الامتياز – حق الاختصاص

الدكتور
حمدي عبد الرحمن أحمد

دكتوراه الدولة من جامعة باريس
مع حجز الرسالة لجائزة أحسن الرسائل
استاذ القانون المدني بحقوق عين شمس
العميد الاسبق – محام امام النقض ومجلس الدولة
والدستورية العليا

2020-2021م

كلية الحقوق جامعة الفيوم -مراجع قانونية

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وقل رب زدني علمًا﴾

صدق الله العظيم

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم :

تنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية أصلية ، وحقوق شخصية وحقوق عينية تبعية . والحق العيني الأصلي هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص على شيء تخوله التصرف والاستغلال والاستعمال . وأول الحقوق العينية الأصلية هو حق الملكية تلحق به حقوق عينية متفرعة عنه ، هي حق الانتفاع ، وحق الارتفاق ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى .

وموضع دراسة هذا النوع الأول من الحقوق يقع تحت عنوان حق الملكية ، أو الحقوق العينية الأصلية .

أما النوع الثاني من الحقوق المالية فهو الحقوق الشخصية . والحق الشخصي هو رابطة الالتزام بين الدائن والمدين . وهي رابطة تخول الدائن أن يقتضي من المدين عملا أو إعطاء أو امتناعا عن عمل . ويثور التساؤل مبدئيا كيف يضمن الدائن الحصول على الأداء المالي الذي التزم به المدين . والجواب الأول هو أن النظام القانوني قد ابتدع نظرية الذمة المالية بجانبيها الايجابي (الحقوق) والسلبي (الالتزام) ، واعتبر أن الجانب الايجابي ضامن للجانب السلبي . وقد عبرت عن هذا المعنى المادة 234 من القانون المدني بقولها " أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه " . وهو ما يعني أن الدائن يركن في سبيل استيفاء حقوقه إلى ذمة المدين في جانبها الايجابي . غير أن هذا الضمان العام لا يرد على أي مفرد من مفردات الذمة المالية ، بل يرد على مجموع ما في هذه الذمة ، دون أن يمنع المدين من أن يتصرف في حقوقه بعضها أو كلها ، دون أن يملك الدائن حق الاعتراض بحجة انه دائن بمبلغ محدد أو أنه دائن بأداء ما .

فقد يتصرف المدين في كل أمواله ، أو في بعضها ، بما يهدد الضمان العام . لذلك اختلق النظام القانوني مجموعة من الوسائل الوقائية لحماية الدائن ، منها الدعوى البوليصية ، ودعوى الصورية ، والدعوى غير المباشرة

والدعوى المباشرة . غير أن هذه الوسائل مشروطة بشروط كثيرة وقد لا تسعف الدائن في المحافظة على أموال مدينة إذا تخلف شرط أو أكثر من شروط ممارسة أي واحدة منها .

يضاف إلى ذلك أن الدائنين يتساوون في الضمان العام (المادة 234 مدني) وهذه المساواة تعني أنه عند التزاحم لا يفضل دائن على آخر، وبغض النظر عن تاريخ نشأة حقوقهم ، فإذا استبان أن أموال المدين غير كافية للوفاء بجميع الديون ، كانت قسمة الغرماء كفيلة بأن يحصل كل دائن من حقه بنسبة هذا الحق إلى حقوق الآخرين .

وتعود المساواة السابقة إلى التصور الفني لفكرة الذمة المالية ، على أساس أن حق الدائن لا يضمنه مال معين من أموال الذمة بل تضمنه الذمة المالية كوحدة قانونية مجردة ، بغض النظر عن مفرداتها . فالضمان عام وغير محدد ومن هنا يتساوى جميع الدائنين العاديين أمام الضمان العام .

ومن ناحية أخرى ، فإن القاعدة السابقة تدعمها اعتبارات تتعلق بالائتمان . ذلك أن الإخلال بالمساواة ، عن طريق إعطاء أولوية للدائن الأسبق في نشوء الحق مثلا ، إنما يؤدي إلى تجميد حركة المدين الائتمانية في وقت مبكر على نحو قد يغريه بإثقال ذمته المالية بالديون ، مما يؤدي في لحظة معينة إلى إحجام الدائنين عن التعامل معه . أما في ظل مرونة الذمة المالية ، وما تفرضه قاعدة الضمان العام من مساواة ، فان أمر المدين يثير اطمئنانا اكبر ، أو على الأقل يثير قلقا اقل . غير أن المدين عاثر الحظ الذي تعصف الأزمة الاقتصادية بأحواله قد يحاول أن يخل بمبدأ المساواة في مواجهة الدائنين العاديين تفضيلا لبعضهم عن البعض الآخر . فقد يحاول المدين ، وقد بدأت أموره في التدهور ، أن يفي بديون البعض تحسبا لانهيار مركزه المالي . فضلا عن أن بعض الدائنين الذين قد يتنبهوا في وقت مبكر لسوء حال المدين ، قد يسارعوا إلى التنفيذ على أمواله لاستيفاء حقوقهم كاملة ، قبل المزاحمة ، وقبل الخضوع لقسمة الغرماء . فضلا عما في ذلك من ضرر بأصحاب الديون المؤجلة .

وقد حاول المشرع أن يقطع الطريق أمام هذه المحاولات لكي يؤكد على مبدأ المساواة أمام الضمان العام فوضع تنظيما لشهر إعسار المدين . فقد نصت المادة 249 مدني على أنه " يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت

أموالـه لا تكفـي لوفـاء ديونـه المستحقة الأداء " . ويترتـب علـى الحكم بشـهر الإعسـار أن يحـل كـل مـا فـي ذمـة المـدين مـن ديـون مؤجلـة ويخصـم مـن هـذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التـي سقطت بسقوط الأجـل (المادة 255 مدني) ولا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ إجراءات فردية ضـد المـدين .ولكـن لا يحـتج علـى الـدائنين ، السـابقة حقـوقهم علـى تسـجيل صـحيفة دعوى الإعسار ، بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد تسـجيل صـحيفة الـدعوى (المـادة 256 مـدني) ، كمـا لا يسـري فـي حقهـم أي تصـرف للمـدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه ، أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسـري فـي حقهم أي وفاء يقوم به المدين (المادة 257 مدني) .

كانـت تلـك الأفكـار السـابقة هـي قـوام فكـرة الضـمان العـام وملامحهـا الأساسـية ، وهـي تحقـق ضـمانا للـدائنين ، ولكنـه ضـمان لـه مخـاطرة ، أقلهـا المسـاواة وقسـمة الغرمـاء عنـدما لا تكـون أمـوال المـدين كافيـة للوفـاء بديونـه ، وأكثرها عدم الحصول على أي قدر من حقوق الدائن ، إذا أسفر الأمر عن خلو الذمة من أي مال قابل للحجز عليه .

ومـن هنـا بـدت حاجـة لفكـرة البحـث عـن وسـائل للضـمان الخـاص ، أي الضمان الخاص بالدائن الذي يحرص على ائتمانه ولا يريد أن يدخل في متاهـة الضمان العام والمساواة وقسمة الغرماء . ولان النظام القانوني ما هو إلا صدى لحاجات الناس ومقتضيات معاملاتهم فقد نظم ، وعلـى نحـو مفصـل مـا يسـمى التأمينات ، سواء ما كان منها تأمينا شخصيا أو ما كان تأمينا عينيا.

والتأمين الشخصـي هو الكفالة الشخصية ، ومعناها أن يقدم المدين لدائنـه شخصـا يكفلـه في الوفاء بالمديونية ، إذا تصادف أن أصبحت أموال المدين غيـر كافية للوفاء بمـا عليـه مـن ديـون . ويعرفهـا القـانون المـدني بأنهـا عقد بمقتضـاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بان يتعهد للدائن بان يفي بهذه الالتـزام إذا لـم يـف بـه المـدين نفسـه . غيـر أن هـذه الكفالـة يقتصـر دورهـا علـى إضـافة ذمـة الكفيـل كضمان إضافي ، إلى ذمة المدين الأصلي . ولكـن هذا الكفيـل إنمـا يضـمن فـي ذمته المالية ، أي انه يضمن الحق في إطار مفهوم الذمة المالية والضمان العـام بكـل مالهمـا مـن مسـاوئ سـبق الإشـارة إليهـا . فالكفيـل حـر فـي التصـرف فـي مفـردات ذمتـه وقـد لا يجـد الـدائن لديـه مـا يمكـن التنفيذ عليـه عنـدما يحـين اجـل الوفـاء . يضـاف إلى ذلك بعض الصعوبات الشكلية في مطالبة الكفيل ، منهـا انـه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، كما لا

يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله (ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق) . وهو ما يسمى الدفع بالتجريد (م 788 مدني)

وعلى هذا النحو السابق فان الكفالة الشخصية وان كانت تحقق اطمئنانا نسبيا اكبر بالنسبة للدائن ، فإنها لا تخلو من مساوئ الضمان العام عموما ، فضلا عن تعقيدات نظامها في ذاته على ما بسطناها آنفا .

لذلك كانت الوسيلة المثلى للضمان هي التأمينات العينية :

وفي هذه التأمينات لا يركن الدائن إلى الضمان العام ، سواء الضمان العام للمدين منفردا أو كان مدعما بضمان عام مستمد من وجود كفيل شخصي . ولكن الدائن هنا يحصل على ضمان عيني خاص به يتحصن به ضد غائلة الإعسار وضد مساوئ المساواة أمام الضمان العام . فالتامين العيني هو ضمان خاص بدائن معين ينصب على مال أو أكثر من أموال المدين ويتولى النظام القانوني عملية ضبط الاستفادة به على نحو يعطي للدائن الأفضلية مطلقا على الدائنين العاديين ، بل وعلى أصحاب الضمانات العينية الخاصة التالين له في المرتبة . ويفضل الدائن في هذه الحالة في استيفاء دينه من ثمن المال المحمل بتأمينه الخاص ، فإذا تبين أن هذا التأمين الخاص لا يكفي للوفاء بدينه كان له كسائر الدائنين أن يزاحم في أموال المدين الأخرى وفقا لقاعدة المساواة أمام الضمان العام . وتتمثل التأمينات العينية التي نظمها القانون المدني في ثلاثة أقسام . منها ما ينشأ بالاتفاق بين الأطراف المعنية (الرهن الرسمي والرهن الحيازي) ، ومنها ما ينشأ بحكم من المحكمة بناء على طلب الدائن (حق الاختصاص) ، ومنها ما يتقرر بنصوص قانونية (حقوق الامتياز).

التأمين الاتفاقي :

هو الرهن الرسمي والرهن الحيازي . والرهن الرسمي لا ينشأ كما تدل عليه تسميته إلا بورقة رسمية ، ولا يرد إلا على العقارات دون المنقولات (ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك) ولا يكون نافذا في حق الغير إلا بقيده ، بالشهر العقاري ، قبل أن يكسب الغير حقا على العقار . وفيه تبقى حيازة العقار المرهون للمدين فلا تنتقل إلى الدائن . أما الرهن الحيازي فهو يرد على المنقول ، أو على العقار ، وفيه يسلم المال المرهون إلى الدائن أو إلى أجنبي

يعينه المتعاقدان ، حيث يجوز حبسه إلى حين استيفاء الدين المضمون بهذا الرهن .

ويجب لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير أن يسلم الشيء المرهون إلى الأجنبي المتفق عليه . يضاف إلى ذلك ضرورة قيد الرهن الحيازي إذا ورد على عقار ، وتطبق عليه في هذه الحالة أحكام القيد الخاصة بالرهن الرسمي . أما إذا كان الشيء المرهون رهنا حيازيا من المنقولات فيشترط لنفاذه في مواجهة الغير ، فضلا عن نقل الحيازة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ ، يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا . وتتحدد مرتبة الدائن بهذا التاريخ الثابت .

التأمين القضائي :

هو التامين الذي ينشأ بحكم القاضي هو حق الاختصاص . وهو يعني انه يجوز لكل دائن بيده حكم واجب النفاذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بأداء معين ، أن يحصل متى كان حس النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينه ، ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات . وتسري أحكام القيد على الحكم الصادر بمنح الاختصاص .

التأمين الذي ينشأ بحكم القانون :

وهو يتمثل في حقوق الامتياز . وحق الامتياز هو أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة من القانون لصفة في هذا الحق . وهي إما حقوق امتياز عامة ترد على جميع أموال المدين المنقولة والعقارية ، وأما حقوق امتياز خاصة منها ما يرد على منقول ويسمى حق امتياز خاص منقول ، ومنها ما يرد على عقار ويسمى حق امتياز خاص على عقار ومن أمثلتها امتياز المصروفات القضائية وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وحقوق الامتياز العامة .. الخ .

والتأمينات العينية أيا كان مصدرها تعطي للدائن مكنتي التقدم الأفضلية والتتبع . والتقدم يعبر عن أفضلية يعطيها التامين العيني للدائن ، وتخوله أن يستوفي دينه من المقابل النقدي لوعاء التامين بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب التأمينات العينية التالين له في المرتبة . أما التتبع فمن مقتضاه أن للدائن ، صاحب التامين ، أن يتعقب المال المحمل بالتامين

تحت أي يد يذهب إليها ، أي أن له أن يستوفي حقه من ثمن هذا المال تحت أي يد يكون .

غير أن سلطة التتبع قد تصادفها بعض الصعوبات التي تشل من فاعليتها أو تجعلها قليلة الجدوى . ذلك أن التتبع يفترض أن التامين العيني قد ورد على مال معين بالذات ، أو أموال معينة بالذات ، فإذا كانت الأموال غير معينة كما هي الحال في حقوق الامتياز العامة فان القانون اضطر إلى النص على أن هذه الامتيازات غير واجبة القيد إن وردت على عقار ، ولا تتبع فيها (فيما عدا امتياز الخزانة العامة حيث يثبت فيه التتبع بنص القانون) . **ومن ناحية ثانية** فان التامين العيني إذا ورد – على منقول فان التتبع فيه قد يفشل إذا اصطدم المتتبع (الدائن) – بقاعدة أن الحيازة في المنقول هي سند الملكية . **لذلك كان النظام الأوفق في رهن المنقول هو نظام الرهن الحيازي الذي تنتقل فيه حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن** . ولكن المشكلة تبدو واضحة في حقوق الامتياز التي تنصب على منقول – سواء حقوق الامتياز العامة أو حقوق الامتياز الخاصة المنقولة -إذ يبقى خطر ضياع التتبع فيها قائما بسبب تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا توافر للحائز حسن النية والسبب الصحيح .

تلك كانت وجازة عاجلة عن التأمينات الشخصية والعينية وأهميتها ودورها في حماية الدائن . وسنعرض في الأجزاء التالية للصور المختلفة للتأمينات المدنية .

القسم الأول
الرهن الرسمي

نظم القانون المدني الرهن الرسمي في المواد من 1030 إلى 1084 حيث قسم الموضوع إلى فصول ثلاثة تناول في الفصل الأول إنشاء الرهن ، وفي الفصل الثاني تعرض لأثار الرهن فيما بين عاقديه وبالنسبة للغير . وفي الفصل الثالث تناول انقضاء الرهن الرسمي سواء كان الانقضاء بصفة تبعية مع انقضاء الدين المضمون ، أو بصفة أصلية أي استقلالا عن انقضاء الدين.

وسنعرض لدراسة الرهن وفقا لذات الخطة السابقة التي اتبعها المشرع المدني . فنعرض في الفصل الأول لإنشاء الرهن وفي الثاني لآثاره وفي الفصل الثالث لانقضائه .

وقبل التعرض لهذه المسائل نعرض لتعريف الرهن الرسمي ثم لبيان خصائصه .

تعريف :

عرفت المادة 1030 من القانون المدني الرهن الرسمي بأنه : " عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون "

ويلاحظ أن هذا النص عرف الرهن بأنه عقد به يكتسب الدائن .... الخ . غير أن كلمة الرهن كما تطلق على العقد ، وهو الأداة الفنية لإنشاء الرهن ، تطلق أيضا على الحق العيني التبعي الذي ينشأ بواسطة هذا العقد .

بل أن كلمة الرهن ، قد تطلق أحيانا على الشيء الذي يرد عليه حق الدائن المرتهن . وفي جميع الحالات يتحدد المعنى بسياق العبارة التي ورد فيها لفظ الرهن .

ومن ناحية ثانية فان عقد الرهن يتم عادة بين الدائن المرتهن وبين المدين الراهن ، ويرد بطبيعة الحال على مال مملوك لهذا المدين .

غير أن **الرهن قد يتقرر لصالح الدائن من غير المدين** فقد يقدم شخص آخر – غير المدين – مالا من أمواله ضمانا لما على المدين من دين في صورة رهن رسمي . **وفي هذه الحالة يسمى هذا الغير كفيلا عينيا**.

ومن ناحية ثالثة فان قيام المدين – أو غيره – بتقرير رهن على عقار معين لا يخرج هذا المال من ذمته ، ولا ينتقص من حقوقه على هذا العقار ، حيث يبقى هذا المال قائما في ذمته يمارس عليه كافة سلطاته كمالك[1] ، وله أن يتصرف فيه بالبيع أو الإيجار ، كما أن له أن يقرر عليه رهونا أخرى (حيث تكون الأفضلية وفقا للأسبقية في قيد الرهن بالشهر العقاري) .

وأخيرا فان تعريف الرهن يشير ، في نص المادة 1030 مدني ، إلى أن سلطة الدائن على العقار المرهون تخوله أن يستوفي حقه من ثمن العقار المرهون ، بالتقدم على غيره . والمقصود هنا هو التقدم على غيره من الدائنين ، هم بغير شك الدائنون العاديون ، وكذلك بالنسبة للدائنين غير العاديين التاليين له في المرتبة .. أي أن التقدم هو سلطة يمارسها الدائن المرتهن في مواجهة الدائنين الآخرين . أما السلطة الأخرى وهي سلطة التتبع ، فمن مقتضاها أن يستوفي الدائن حقه في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون .

خصائص الرهن الرسمي :

يتميز الرهن الرسمي بأنه حق عيني ، حق عقاري ، حق غير قابل للتجزئة ، وهو حق تابع ، وهو أخيرا حق ينشأ بعقد رسمي .

1- الرهن الرسمي حق عيني :

ويتخذ الرهن الرسمي وصف العينية من كونه يعطي للدائن سلطة على عقار مملوك للمدين . وهذه السلطة تخول الدائن أن يتتبع العقار المرهون تحت أي يد يذهب إليها . كما يكون للدائن بمقتضى الحق العيني التبعي أن يتقدم في استيفاء حقه قبل غيره من الدائنين كما سبقت الإشارة .

2- الرهن الرسمي حق عقاري :

وقد أفصحت عن هذا المعنى الفقرة الأولى من المادة 1035 من القانون المدني حيث جاء نصها : " **لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك** "

---

(1) يشترط ألا يؤدي التصرف إلى الانتقاص من قيمة العقار المرهون وإلا كان في ذلك إضرارا بمصلحة الدائن المرتهن الذي يحق له ، أن يتخذ كافة ما يلزم من إجراءات تحفظية .

ولا يغير من هذا الأمر أن يكون الرهن قد تقرر لضمان دين منقول . ومن نتائج هذه الصفة أنه يتعين للنزول عن الرهن أن تتوافر للمتنازل أهلية التصرف في العقار .

واستكمالا للمعنى السابق ، في كون الرهن الرسمي حقا عقاريا ، انه لا يرد إلا على العقارات التي يجوز التصرف فيها . ولذلك لا يرد الرهن على عقار موقوف ، أو على عقار مشروط عدم التصرف فيه ، أو على عقار يدخل في إطار الأموال العامة للدولة . وهذا التحديد الأخير إنما هو تعبير عن فكرة تسيطر على محال الحقوق العينية التبعية بصفة عامة . حيث لا يجوز أن يكون محلا للتأمين العيني إلا ما يجوز التصرف فيه وبيعه بالمزاد العلني .

3- الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة :

وقد نصت على هذه الخاصية المادة 1041 من القانون المدني حيث جاء فيها : " كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامنة لكل الدين . وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك ".

وعدم القابلية للتجزئة ترد في جانبين – كما يتضح من النص السابق – الجانب الأول هو جانب العقار أو العقارات المرهونة . والجانب الثاني هو جانب الدين ذاته . فالرهن الرسمي ، في كلا الجانبين ، غير قابل للتجزئة .

فبالنسبة للعقار أو العقارات المرهونة تعني عدم التجزئة انه إذا كان محل الرهن جملة من العقارات فان كل منها يبقى ضامنا لكل الدين ، بحيث يكون للدائن عند الاقتضاء أن يطلب بيعها جميعا لكي يستوفي حقه من ثمنها . أما إذا كان محل الرهن عقارا واحدا فيبقى في جميع جزئياته ضامنا للوفاء بالدين المضمون . وإذا أصبح العقار الواحد مملوكا لعدة أشخاص سواء عن طريق تصرف قانوني أو عن طريق واقعة الميراث ، فان كل جزء من العقار يبقى ضامنا لكل الدين . كل ذلك تأكيد لمبدأ عدم تجزئة العقار في الرهن الرسمي .

أما بالنسبة لمعنى عدم التجزئة ، بالنسبة للدين المضمون ، فان مفادها أن كل العقار أو العقارات المرهونة تبقى خاضعة للرهن وفاء لكل جزء من الدين مهما كان قليلا . فإذا ما أوفى المدين بجزء من الدين أو بمعظم أجزائه

فان ذلك لا يؤدي إلى تخليص أي عقار أو جزء من عقار من عبء الرهن الرسمي ، بل يظل الرهن قائما على كل العقارات إلى أن يتم الوفاء بكل الدين . وخلاصة القول أن الوفاء بجزء من الدين أيا ما كان لا يترتب عليه تخليص جزء مقابل من العقارات المرهونة . وتطبق القاعدة ذاتها إذا كانت تجزئة الحق المضمون بالرهن لا بسبب الوفاء المقسط بل بسبب انتقاله إلى عدة ورثة ، كل حسب نصيبيه ، ففي هذه الحالة من حق كل وارث أن يتمسك بالرهن على كل العقارات وفاء لنصيبه في الدائنية .

غير أن قاعدة عدم التجزئة ليست من النظام العام ، وقد أوضحت المادة 1041 السالف ذكرها هذا المعنى حيث أضافت : " ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك "

ونزولا على هذا المعنى يقال أن قاعدة عدم تجزئة الرهن هي من طبيعة الرهن ، أي أن طبيعة الرهن تقتضي مفهوم عدم التجزئة ، ولكنها ليست من لوازمه الحتمية .

ولذلك فان للدائن أن يتنازل عن قاعدة عدم التجزئة صراحة أو ضمنا ، فقد يتفق على أن الوفاء بجزء من الدين يقابله تخليص جزء من العقار المرهون من عبء الرهن . وقد ينص القانون على التجزئة ، كما هو الحال في تجويز التطهير بالنسبة لمن آل إليه جزء من العقار المرهون (الحائز).

4- الرهن الرسمي حق تابع :

وهذه التبعية مصدرها أن الرهن الرسمي ، كتأمين عيني ، إنما هو حق تابع للالتزام الأصلي . ولذلك تقرر المادة 1042 من القانون المدني : " لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك ".

وقد أوضح هذا النص الارتباط المبدئي والمنطقي بين الرهن كتأمين عيني والدين (الالتزام المضمون) ، بحيث لا يتصور قيام الرهن الرسمي إلا لضمان التزام صحيح ، فالرهن الرسمي يدور مع حق الدائنية وجودا وعدما .

ويترتب على هذه التبعية عدة نتائج :

(أ) أنه لا يتصور من حيث المبدأ أن يوجد الرهن الرسمي إلا بعد نشأة الحق الذي وُجِدَ لضمانه أو معه على الأقل . **فالترتيب المنطقي أن يوجد الأصل ويلحق به ما يتبعه . ومع ذلك فهناك حالات استثنائية يمكن أن يوجد الرهن قبل أن يولد الدين** ، كما هو الحال في تقرير رهن رسمي ضمانا لفتح اعتماد في احد البنوك ، ففي هذه الحالة يوجد الرهن ضمانا لدين مستقبل واحتمالي ، فالرهن يقوم قبل أن يقبض العميل قيمة الاعتماد الذي تقرر الرهن لضمانه .

(ب) أن الرهن الرسمي يتبع الالتزام الأصلي في صحته وبطلانه. ولذلك فإذا كان الالتزام الأصلي باطلا ، أو قابلا للبطلان ، وقضي ببطلانه ، اختفى الرهن الرسمي تبعا لذلك .

وقد نصت المادة 1043 من القانون المدني على أن :

1- لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك .

" 1- وإذا كان الراهن غير المدين كان له ، إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين "

ويلاحظ أن حكم الفقرة 2 من المادة 1043 والسابق بيانه هو أن الراهن إن كان غير المدين ، وهي حالة الكفيل العيني ، فله أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به (أي الدفوع الخاصة بعقد الكفالة ذاته) فضلا عن أوجه الدفع الخاصة بالمدين . وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى للكفيل العيني هذا الحق ولو نزل المدين عن دفوعه .

ومن ناحية أخرى ، هناك استثناء على قاعدة تبعية الرهن الرسمي للدين بالنسبة لأوجه البطلان . وهذا الاستثناء يتعلق بكفالة التزام ناقص الأهلية ، فإذا كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان الكفيل ملزمة بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول .

ويطبق هذا النص على الكفالة الشخصية والكفالة العينية على حد سواء ، فمن رهن عقاره ضمانا لدين على ناقص الأهلية ، وكانت كفالته تلك بسبب

نقص الأهلية فإنه لا يستطيع أن يتمسك بإبطال الالتزام الأصلي توصلا إلى إبطال كفالته .

وهذا الحكم الأخير يجد تبريره في أن الكفالة بسبب نقص الأهلية تجعل من الكفيل ضامنا للقاصر إذا لم يتمسك بإبطال التزامه ، ثم تجعله (أي الكفيل) مسئولا بصفة أصلية عن الوفاء بالالتزام إذا تمسك الكفيل بإبطال التزامه لنقص الأهلية .

(ج) أن الرهن الرسمي – بحكم التبعية – يتسم بذات الوصف الذي يلحق بالالتزام الأصلي ، فإذا كان الالتزام الأصلي مضاف إلى أجل ، أو معلقا على شرط ، كان الرهن على ذات الوصف .

(د) أن الرهن ينتقل مع الالتزام الأصلي إلى الخلف الخاص أو الخلف العام للدائن المرتهن .

5- أن الرهن الرسمي لا ينعقد إلا بورقة رسمية :

وهو ما عبرت عنه المادة 1/1031 بقولها : " لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية وهو ما سنعرض له تفصيلا فيما يلي حيث نبحث إنشاء الرهن من الناحية الشكلية قبل التعرض لشروطه الموضوعية . ونخصص لكل منها فصلا مستقلا .

الفصل الأول
إنشاء الرهن

المبحث الأول
إنشاء الرهن من الناحية الشكلية

اشرنا إلى ما نصت عليه المادة 1031 من القانون المدني من وجوب أن ينصب الرهن الرسمي في ورقة رسمية حتى تتم نشأته . والرسمية هنا ركن في العقد لا تقوم للرهن قائمة بدونها .

والمقصود بالرسمية هو أن يتم تحرير عقد الرهن بواسطة الموظف المختص بتحرير العقود . وبناء عليه فان أي ورقة رسمية أخرى لا تكفي ، **فالرهن لا ينعقد بإثباته في حكم قضائي مثلا لأن الحكم القضائي رغم أنه ورقة رسمية ، إلا أنها ليست صادرة من الموظف المختص بتحرير العقود ، كذلك الحكم لو أثبت الرهن في محضر صلح ، أو غيره من المحاضر الرسمية .**

وقد استهدف المشرع من وراء هذه الرسمية حماية مصالح متعددة .
فقد استهدف حماية مصلحة المدين الراهن ، فالرسمية تنبه المدين إلى خطورة الرهن التي قد لا يستشعرها هذا المدين نظرا لبقاء العقار المرهون في حيازته وتحت سيطرته .

والرسمية من ناحية ثانية ، هي في مصلحة الدائن المرتهن ، الذي يجد نفسه في مأمن في تعامله مع المدين . فالرسمية تسمح له أن يتأكد من ملكية المدين للعقار المرهون ، فضلا عن أن مقتضاها أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي يستطيع التنفيذ بمقتضاه عند اللزوم ، دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي .

وأخيرا ، فإن الرسمية تساهم في تدعيم الائتمان ، فمن مقتضاها أن يتم الرهن بصورة منضبطة وصحيحة ، عن طريق موظف عام ، هو محل للثقة فيما يدرجه من بيانات . وتظهر فائدة ذلك على نحو خاص في تخصيص الرهن بما يقطع الطريق أمام المنازعات الاحتمالية التي كان يمكن أن يثيرها احد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر .

ولكن هل تشترط الرسمية في رضاء طرفي العقد أم يكفي توافرها في رضاء المدين الراهن ؟

يثور هذا السؤال بسبب أن عقد الرهن هو عقد ملزم لجانب واحد ، فمن يقرر الرهن هو الذي يلتزم بمقتضاه . لذلك ذهب أغلب الفقه الفرنسي ، وكذلك المصري ، إلى أن الرسمية تكفي إذا تحقق بها رضاء المدين الراهن . فمن المتصور أن يحرر المدين ورقة رسمية بتقرير الرهن ثم يعقب ذلك قبول من

جانب الدائن ، سواء كان هذا القبول صريحا أو ضمنيا ، وحتى لو ورد في ورقة عرفية . فمجرد تقديم الدائن طلبا لقيد الرهن يعد قبولا صحيحا ينعقد به الرهن .

غير أن رأيا آخر ، نعتقد في صوابه ، يذهب إلى أن الرسمية لازمة في رضا الطرفين ، الدائن المرتهن ، والمدين الراهن .

فالرسمية تقررت ، كما سبق القول ، لمصلحة كل من الطرفين وليس لمصلحة واحد منهما فقط ، بل وتقررت لمصلحة الائتمان عموما . يضاف إلى ذلك أن الرهن الرسمي هو عقد بالمعنى الفني الكامل للكلمة ، وهو لا ينعقد إلا بتلاقي إرادتين ، إيجابا وقبولا ، في إطار الشكلية (الرسمية) التي تطلبها القانون .

الجهة المختصة بالرسمية :

الجهة المختصة بتحقيق الرسمية المطلوبة هي الموظف المختص بمكتب التوثيق . ولا صعوبة في تطبيق هذا الحكم إذا ابرم عقد الرهن في مصر وتعلق بعقار كائن فيها .

غير أن الصعوبة قد تثور إذا ابرم العقد خارج الديار المصرية وكان الرهن واردا على عقار في مصر . فلأي قانون يخضع شكل العقد ؟

نصت المادة 20 من القانون المدني على أن : " العقود فيما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك .

وبناء على ذلك يجوز أن يتم الشكل وفقا لقانون البلد الذي تم فيه التعاقد ، كما يجوز أن يكون أمام احد قناصل مصر في الخارج .

غير أن رأيا آخر يذهب إلى أن شكل الرهن ، المتعلق بعقار في مصر ، لابد أن يخضع للقانون المصري ، أي أن يصب في ورقة رسمية صادرة عن موظف مصري أو مكلف بخدمة عامة وفقا للقانون المصري . وحجة هذا الرأي أن الرسمية ليست مجرد شكل خارجي للتصرف إنما هي وضع جوهري

يشكل ركنا في انعقاد التصرف ، وبالتالي يتعين أن يطبق عليها القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من حيث الموضوع ، وهو قانون موقع العقار .

جزاء تخلف الرسمية في الرهن :

أشرنا إلى أن الرسمية في الرهن هي ركن لا تقوم للرهن بدونه قائمة ، ومن ثم فإن تخلفها يؤدي إلى بطلان الرهن بطلانا مطلقا .

وقد ثار السؤال حول ما إذا كان عقد الرهن الباطل لتخلف شكلية انعقاده يصلح لترتيب أي اثر آخر أم لا ؟

ذهب رأي في الفقه إلى أن مثل هذا العقد يتحول إلى وعد بالرهن من النوع الذي لا يتوافر فيه الشكل المطلوب في الرهن ، والذي ينشئ التزاما شخصيا بتقرير الرهن يترتب علي الإخلال به مجرد سقوط الأجل والحكم بالتعويض .

ويذهب رأي آخر إلى إمكان تطبيق المادة 144 من القانون المدني في شأن تحول العقد الباطل لتخلف الشكل إلى عقد صحيح يرتب التزاما شخصيا في ذمة المدين الراهن بتقديم تأمين عيني أيا كان . وقد أغفل هذا الرأي أن تحول العقد يقتضي الكشف عن نية محتملة للطرفين بإنشاء تأمين عيني آخر محدد ، كالرهن الحيازي مثلا . وهو ما يجاوز في فرضنا المعروض النية المحتملة للطرفين .

كما لا يمكن أن يتحول الرهن الباطل لتخلف الرسمية إلى وعد بالرهن – حسبما ذهب إليه الرأي الأول – لأن الوعد بالرهن لابد أن يصب في ورقة رسمية تطبيقا للمادة 2/101 من القانون المدني والتي تنص على أنه إذا تطلب القانون شكلا خاصا لانعقاد العقد فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا في الوعد الذي يؤدي إلى إبرام هذا العقد . يضاف إلى ذلك أن أي وعد يتعين أن يشتمل على المدة التي يجب إتمام التعاقد خلالها ، وهو ما لا يتوافر في الحالة المعروضة .

وخلاصة القول أن العقد الذي تضمن إنشاء رهن ، ولكنه لم يحرر في ورقة رسمية هو عقد باطل كرهن ولا يصلح وعدا بالرهن الرسمي .

غيـر أن مثـل هـذا العقـد يصـح بوصـفه اتفاقـا علـى تقـديم تـأمين (بصفة عامة) للدائن ، فإذا لم يف المدين بالتزامه ، كان من حق الدائن أن يتمسك بسقوط الأجل والمطالبة بالدين فورا .

وتطبيقا لما سبق فانه إذا اتفق شخصان على أن يعطي احدهما للآخر قرضا على أن ينشئ المدين رهنا رسميا لمصلحة الدائن ، فان الرهن الرسمي لا يقوم لتخلف الرسمية ، ولذات السبب لا يوجد وعد بالرهن الرسمي بالمعنى الفني . وغاية الأمر انه يجب على المدين أن ينشئ الرهن (تنفيذا لالتزامه الشخصي) فان فعل كان بها ، وان لم يفعل فلا يمكن إجباره على ذلك لان الاتفاق لم يتوافر له وصف الوعد بالرهن الرسمي (لتخلف الشكلية) .

وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الاتفاق على القرض صحيحا لأنه ليس عقدا شكليا ، ويبطل الاتفاق على إنشاء الرهن لتخلف الرسمية . ولا يستطيع الدائن أن يتخلص من التزامه بالإقراض إلا إذا اثبت أن عقد القرض ما كان لينشأ بغير الرهن[1] .

الرسمية في الوعد بالرهن :

أشرنا فيما سبق إلى تطبيق المادة 2/101 من القانون المدني التي تتطلب الشكلية في الوعد بالرهن . وبالتالي فإن الوعد بالرهن الرسمي لابد أن يكون في ورقة رسمية وإلا وقع باطلا .

وتعود الحكمة من هذا القيد إلى منع التحايل على شرط الرسمية في العقود ، ذلك أن " إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذي يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا حكم القضاء بذلك ، ويكفي لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذي يرغبا في الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمد إلى عقد اتفاق تمهيدي أو وعد بإتمام هذا العقد ، لا يستوفي فيه الشكل المفروض ، ثم

(1) عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني – الجزء العاشر سنة 2004 ، رقم 126 .

يستصدران حكما يقرر إتمام التعاقد بينهما وبذلك يتاح لهما أن يصلا عن طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها[1] .

والى جانب هذا القيد الشكلي يجب أن يتضمن الوعد بالرهن تعيينا للمسائل الجوهرية لعقد الرهن الرسمي وكذلك تحديدا للمدة التي يجب إبرام العقد خلالها (م 101 مدني) .

وإذا تخلف الشكل في الوعد بالرهن الرسمي ، فان هذا الوعد يكون باطلا كما سبقت الإشارة . ومع ذلك فان مثل هذا الوعد (غير الشكلي) ليس خلوا من أي اثر قانوني .... فإذا صح أن هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية طبقا لمبدأ سلطان الإرادة ، وقد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن ، أو على الأقل إلى قيام دعوى التعويض ، بل والى سقوط اجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به[2] ، في الفرض المعروض .

يضاف إلى ذلك أن الدائن يستطيع أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حق اختصاص بناء على حكم بالدين الذي أريد ضمان الوفاء به .

الرسمية في التوكيل بالرهن الرسمي :

تنص المادة 70 من القانون المدني على انه : " يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "

وتطبيقا لهذا النص يتعين أن تكون الوكالة ، التي يعطيها المدين الراهن لإنشاء الرهن ، محررة في ورقة رسمية .

وإذا كان التوكيل من الدائن المرتهن وجب أن يكون رسميا أيضا ذلك أن الرسمية مطلوبة في عقد الرهن ، سواء في جانب المدين الراهن ، أو في جانب الدائن المرتهن ، وقد سبقت الإشارة إلي ذلك .

---

(1) الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، جزء 2 ، ص 75 .

(2) الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، جزء 2 ، ص 75 .

ويعتبر تقرير الرهن الرسمي من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة . لذلك يجب أن تكون الوكالة في تقرير الرهن وكالة خاصة . فالوكالة العامة لا تكفي لأعمال التصرف . وقد نصت المادة 2/702 من القانون المدني صراحة على هذا المعنى حيث قضت بأنه :

" 1- لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء "

2- والوكالة الخاصة في نوع معين من الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات " ففي التبرعات يجب تعيين محل الوكالة الخاصة[1] .

ومفاد الفقرة 2 المذكورة أنه لا يلزم في التوكيل بالرهن أن يتضمن تعيينا للعقار الذي يراد رهنه ، بل يكفي أن يجئ التوكيل مطلقا " بالرهن " وفي هذه الحالة يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار من العقارات المملوكة للأصيل (المدين) . ولم تتطلب المادة السابقة التعيين في محل العمل القانوني إلا إذا كان هذا العمل قد أجرى على سبيل التبرع ، وهو ما يتحقق غالبا في حالة الكفيل العيبي ، فالكفيل العيني يرهن عقاره لمصلحة المدين الأصلي على سبيل التبرع عادة ، وفي هذه الحالة يتعين أن يكون التوكيل الصادر من الكفيل العيني بتقرير الرهن محددا للعقار الذي يراد رهنه رهنا رسميا (م 2/702 من القانون المدني)

نفقات الرهن الرسمي :

نصت الفقرة الثانية من المادة 1031 على : " ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك "

---

(1) ونصت الفقرة الثالثة من ذات المادة على أن الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها ، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري .

وبناء عليه يتعين الرجوع إلى اتفاق الطرفين إن وجد ، لتحديد من يتحمل تلك النفقات ، فإذا لم يوجد اتفاق ، فقد جعل النص هذه النفقات على عاتق المدين الراهن ، فهو صاحب المصلحة في الدين المضمون بالرهن .

وتشمل النفقات مصاريف تحرير عقد الرهن وأتعاب المحامي إن وجد ، ومصاريف استخراج الأوراق الرسمية اللازمة لإتمام العقد ، وكذلك الرسوم التي قد تستحق على إنشاء الرهن الرسمي ، ورسوم قيد الرهن وتجديد هذا القيد .

وفي الحالة التي يكون الراهن غير المدين ، وهي حالة الكفالة العينية ، فإن النفقات تكون على الكفيل العيني . ونظرا لأن صاحب المصلحة الحقيقية هو المدني فان للكفيل أن يرجع بهذه النفقات عليه . كل ذلك ما لم يتبين من الاتفاق أن الكفيل العيني قد قصد إلى التبرع بهذه النفقات .

المبحث الثاني

إنشاء الرهن من الناحية الموضوعية

الرضا والمحل والسبب :

ينعقد الرهن بتطابق إرادتي الدائن المرتهن والمدين الراهن . ويتعين أن تكون كل من الإرادتين – فضلا عن وجودها – خالية من العيوب (الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال) . ولا ينفرد عقد الرهن في هذا الشأن بأحكام تختلف عن القواعد العامة .

كما يشترط لصحة الرهن أن يكون كل من طرفيه أهلا لمباشرة هذا العمل القانوني . وهو ما يقتضي تحديد خطورة الرهن بالنسبة لكل من طرفيه من زاوية تقسيم الأعمال القانونية بحسب اعتبارات النفع والضرر .

وفي هذا المقام يعد الرهن بالنسبة للدائن المرتهن من الأعمال النافعة نفعا محضا ، ولذلك يكفي أن تتوافر فيه التمييز ، فيجوز الارتهان صحيحا من كل من الصبي المميز ، ومن المحجور عليه لسفه أو غفلة .

أما بالنسبة للمدين الراهن فان رهن العقار يعد من قبيل التصرف فيه (م1032/1) ، وبالتالي لابد أن تتوافر فيه أهلية التصرف القانوني ، ونظرا لأن الرهن يعد عملا من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا لو صدر من عديم التمييز ، ويكون قابلا للبطلان لو صدر عن الصبي المميز أو عن المحجور عليه لسفه أو غفلة .

ويطبق ذات الحكم إذا كان الرهن قد صدر من غير المدين ، أي من كفيل عيني ، وكان هذا الكفيل العيني قد حصل على مقابل للرهن ، وسواء حصل على هذا المقابل من المدين أو من الدائن . ففي الحالتين يعد التصرف بالنسبة له دائرا بين النفع والضرر .

غير أن الكفيل العيني قد يكون - وهو الوضع الغالب – متبرعا بتقرير الرهن على عقاره . وفي هذه الحالة لابد أن تتوافر لديه أهلية التبرع ، بأن يكون كامل الأهلية ، فان كان ناقص الأهلية وقع رهنه باطلا بطلانا مطلقا .

أما من حيث المحل فان عقد الرهن ينشئ حقا عينيا على عقار لضمان الوفاء بالتزام . وهو ما يقتضي دراسة تفصيلية ، سنعرض لها تحت بند تخصيص الرهن ، من زاويتين : العقار المرهون والالتزام المضمون .

وبالنسبة للسبب فإنه يتحدد في ضمان الالتزام ، وسواء كان الراهن هو المدين ، أو كان غير المدين ، أي الكفيل العيني ، فلا بد أن يكون هناك التزام صحيح ، مازال قائما عند انعقاد الرهن (مبدأ التبعية) .

فإذا تحقق ذلك فليس مهما أن يكون الدين منجزا ، فقد يكون معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل . وعلى أية حال فان الدين لابد أن يكون معينا تعيينا كافيا : مصدره ، تاريخه ، محله ومقداره . فان كان الدين مجهلا فلا يصح الرهن ضمانا له ، كذلك الحال لو كان غير معين المقدار ، أو غير محدد له ، على الأقل ، حدا أقصى .

ونعرض فيما يلي للأحكام الموضوعة في إنشاء الرهن في مطالب ثلاثة :

نعرض في الأول للراهن وملكيته للعقار المرهون ، وفي الثاني لتخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ، وفي المطلب الثالث لتخصيص الرهن من حيث الدين المضمون .

المطلب الأول

الراهن وملكيته للعقار المرهون

نصت المادة 1032 من القانون المدني على أنه : " 1- يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ، كما يجوز أن يكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين "

" 2- وفي كلا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه "

وواضح من هذا النص السابق أن الراهن ، سواء كان هو المدين ، أو كان غير المدين (الكفيل العيني) لابد أن يكون مالكا للعقار الذي يرهنه ، أو أن يكون له على العقار حقا عينيا يصلح أن يرهن : كحق الانتفاع .

أولا : رهن ملك الغير :

نصت على هذه المسألة المادة 1033 من القانون المدني حيث جاء بها : " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحا إذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه العقار مملوكا للراهن "[1] .

وقد علقت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني على النص السابق بقولها : " .... فان كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا .. وقد أراد المشرع بجعل الرهن في العقار المعين غير المملوك للراهن باطلا بطلانا نسبيا أن يوحد الحكم ما بين بيع ملك الغير ، ورهن ملك الغير رهنا رسميا ، ورهن ملك الغير حيازة ، لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع . وفي هذه الفروض الثلاثة يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته ، كما يجيزه إقرار المالك الحقيقي أو انتقال الملكية إلى البائع أو الراهن ".

ورغم هذا التوضيح من المذكرة الإيضاحية ، فان البطلان المذكور لا يتفق مع النظرية العامة للبطلان في القانون المدني . فهو بطلان من نوع خاص ، وقد أوردت هذا التحديد المذكرة الإيضاحية ذاتها[2] .

لذلك ذهب بعض الفقه إلى العدول عن استخدام تعبير البطلان ، في شأن بيع ملك الغير ، أو رهن ملك الغير واستخدام فكرة العقد الموقوف التي يعرفها فقه الشريعة الإسلامية ، وذلك على أساس أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك . " وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس معناه أن العقد باطلا بطلانا مطلقا أو نسبيا ، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقدا موقوفا ... والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فإذا اقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فانه يظل معدوم الأثر كما كان . وقد اخضع القانون المدني الجديد عقد الرهن الصادر من غير مالك لحكم بيع ملك

---

(1) وبذلك يعتبر الرهن الصادر من مشتر العقار بعقد غير مسجل رهنا لملك الغير ولا يصح عقد الرهن إلا منذ أن يصبح المشتري مالكا أي منذ وقت التسجيل .

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ 4 ، ص 193

الغير ... وينبني على ذلك أن الرهن الصادر من غير المالك يعتبر عقدا موقوفا لا صحيحا ولا باطلا .

ولو تم قيد الرهن بناء على هذا العقد فان اثر القيد يظل متوقفا هو الآخر على الإقرار . ولا ينشا الرهن إلا إذا اقره المالك الحقيقي ، أما إذا لم يقره فان الرهن لن يتحقق له وجوده[1] " .

غير أن هذا التأصيل تعرض للنقد على أساس أن العقد الموقوف ، له ، في الفقه الإسلامي ، معنى وأحكاما لا تتفق مع معنى وأحكام القانون المدني المصري ، فالعقد الموقوف لا ينتج أي اثر في فترة وقفه ، في حين أن بيع ، أو رهن ، ملك الغير ، ينتج أثاره بمجرد الاتفاق ، وهو عقد صحيح ابتداء إلى أن يتمسك بإبطاله المشتري (في بيع ملك الغير) ، أو الدائن المرتهن (في رهن ملك الغير) . ومن ناحية ثانية فإن العقد الموقوف لا يجيزه ، في الفقه الإسلامي ، سوى المالك الحقيقي ، في حين أن المشتري (في بيع ملك الغير) والدائن المرتهن (في رهن ملك الغير) يملك كل منهما أجازة العقد . وأخيرا فان نصوص القانون المدني واضحة في اعتبار ملك الغير ورهن ملك الغير قابلا للبطلان[2] .

وقد ذهب رأي ثالث إلى اعتبار رهن ملك الغير – شأنه شأن بيع ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا ، على أساس أن فاقد الشيء لا يعطيه ، وان عقد البيع ناقل للملك بطبيعته وان عقد الرهن منشئ للرهن بذاته ، وانه إذا كان البائع غير مالك استحال عليه أن ينقل إلى المشتري حق الملكية ، وان هذه الاستحالة مطلقة لان أي شخص آخر لو وجد في مثل ظروف البائع – حال كونه غير مالك – يستحيل عليه أن ينقل الملكية إلى المشتري ، فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ، وكذلك الشأن في رهن ملك الغير . وإذا كانت تلك هي الأصول العامة في النظرية القانونية فانه يمكن التوفيق بينها وبين ما وضعه المشرع من أحكام لبيع أو رهن ملك الغير عن طريق القول بتحويل عقد بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير ، بسبب استحالة محلهما ، إلى عقد غير مسمى منشئ لالتزامات

---

(1) شفيق شحاتة : النظرية العامة للتأمين العيني رقم 92 ص 84 .

(2) السنهوري ، الوسيط جـ 10 ، رقم 138.

شخصية فقط بنقل الملكية أو بإنشاء حق الرهن إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى هذا العقد الذي انصرفت إليه نيتهما الأصلية[1] .

ونعتقد مع جانب آخر من الفقه أن البطلان النسبي في بيع أو رهن ملك الغير هو بطلان على غير مقتضى المفهوم العادي للبطلان . فالبطلان ، مطلقا كان أو نسبيا ، له أسباب ، ليس من بينها عدم ملكية المتصرف للشيء الذي تم التصرف فيه .

لذلك فان نصوص القانون المدني هي التي أوجدت هذا النوع من البطلان النسبي . فهذه النصوص هي التي أنشأت الإبطال ولم تكشف عنه ، ولو لم يوجد (النص) لما أمكن القول بأن رهن ملك الغير قابل للإبطال ...... فلا بد إذن من القول بأن جواز إبطال رهن ملك الغير ، كجواز إبطال ملك الغير ، هو إبطال خاص لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشاه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة[2] .

حكم رهن ملك الغير بالنسبة للمالك :

جاء في المادة 1033 من القانون المدني أن رهن ملك الغير " يصبح صحيحا إذا اقره المالك "

وهذه الصياغة غير دقيقة والصحيح أن عقد رهن ملك الغير لا يعد نافذا في حق المالك الحقيقي ، بغض النظر عن صحته أو قابليته للبطلان بين طرفيه .

ومن مقتضى عدم النفاذ أن آثار الرهن لا تضاف إلى المالك الحقيقي بأية حال . فالعقد لا يُلزم سوى طرفيه إن نفعا وإن ضررا (مبدأ نسبية العقود) . وبناء عليه يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون[3] .

---

(1) سليمان مرقص ، التأمينات العينية فقرة 42 .

(2) السنهوري ، السابق رقم 138 .

(3) راجع : أحمد سلامه : التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي سنة 1966 ، ص 111 ، حيث يطبق فكرة العقد الموقوف إذا نظرنا إلى عقد الرهن الرسمي بالنسبة للمالك فقط ، والوقف هنا يرد على الأثر الجوهري للعقد وهو إنشاء الرهن .

وعدم النفاذ المشار إليه مقرر لمصلحة المالك ، ولذلك فإن من حقه أن يقره وبالتالي يضيف آثار الرهن إلى نفسه .

وإقرار المالك الحقيقي هو تصرف قانون بالمعنى الكامل ، ويتعين أن تتوافر للمالك أهلية التصرف في العقار محل الرهن ، وهي أهلية التبرع إن كان إقراره بغير مقابل ، وأهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر إن هناك مقابل .

وإذا أقر المالك الرهن على عقاره فإنه يصبح كفيلا عينيا حيث أنه ليس مدينا أصليا . ويترتب على الإقرار أيضا سقوط حق الدائن المرتهن في التمسك بإبطال عقد الرهن .

ويتعين أن يكون إقرار المالك في صورة رسمية استيفاء لشكل الرهن الرسمي . خاصة وان هذه الرسمية تستهدف في المقام الأول حماية المالك الراهن .

وأخيرا يلاحظ أن الإقرار ليس له أثر رجعي ، فهو لا ينتج أثره إلا من تاريخ صدوره . ويجب شهر هذا الإقرار عن طريق القيد ، وإذا كان الرهن قد قيد فيجب التأشير بإقرار المالك على هامش القيد ، ولا يحتج على الغير بالرهن إلا من وقت شهر إقرار المالك ، وتتحدد مرتبة الرهن من وقت قيد الإقرار ، لا من وقت قيد عقد الرهن الرسمي . وبناء على ذلك فإذا كان المالك قد رتب رهنا لشخص آخر ، أو أي حق عيني على العقار ، وتم شهره فإن الرهن الذي يقره لا أثر له على حقوق الغير السابق تقريرها واللاحقة على شهر قيد الرهن إذا كانت سابقة على شهر الإقرار.

حكم رهن ملك الغير فيما بين طرفيه :

يعد العقد فيما بين طرفيه قابلا للبطلان . غير أن هذا الجزاء لا يستقيم مع منطق القواعد العامة إلا إذا كان كل من المتعاقدين أو أحدهما يجهل مشكلة ملكية الغير للعقار المرهون ، ففي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن بالذات ، مصلحة في إبطال العقد للغلط .

وقد يتنازل الدائن المرتهن عن حقه في التمسك بالإبطال ، وقد ينقضي هذا الحق بالتقادم . وفي الحالتين يستمر العقد قائما بين طرفيه ولكنه لا ينشئ

رهنا وإنما ينشئ مجرد التزامات شخصية أهمها التزام الراهن بإنشاء حق الرهن . وإذا اكتسب الراهن ملكية العقار فإنه يكون قد أوفى بالتزامه وينشأ الرهن من وقت اكتساب الملكية وفقا للمادة 1033 مدني .

أما إذا كان طرفا العقد على علم بعدم ملكية الملتزم بالرهن للمال المراد رهنه ، فان العقد لا يكون قابلا للبطلان ، ويمكن اعتباره عقدا غير مسمى ينشئ التزاما شخصيا على عاتق الملتزم بالرهن ، التزاما يمكن تنفيذه أما بالحصول على ملكية العقار المرهون ، وإما بالحصول على إقرار للرهن من المالك .

ثانيا : رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي :

تؤدي القواعد العامة إلى أن زوال الملكية بأثر رجعي معناه أن من زالت ملكيته يعامل كأنه لم يكن مالكا للعقار ، الذي أجرى عليه تصرفاته ، في أي وقت من الأوقات . وبذلك تضحى تصرفاته غير قائمة ، لأنها ، في المنظور الجديد لزوال الملكية بأثر رجعي ، تعد صادرة من غير مالك .

وتطبيقا لهذه القاعدة العامة فان الرهن الرسمي الصادر ممن زالت ملكيته ، يعتبر صادرا ، بعد زوال الملكية ، من غير مالك .

غير أن القانون المدني اختط حكما آخر في المادة 1034 منه :

" يبقى قائما ، لمصلحة الدائن المرتهن ، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن "

وبذلك يكون القانون المدني قد وضع قاعدة خاصة ، لكافة الحالات التي يصدر فيها الرهن الرسمي من مالك ثم يلغي سند ملكيته أو يزول لأي سبب ، من مقتضاها بقاء الرهن صحيحا ونافذا . وقد اقتضى النص لإعمال حكمه توافر ثلاثة شروط :

الشرط الأول : أن يكون الرهن قد صدر من مالك وان يكون سند ملكيته قابلا للإلغاء بأثر رجعي :

وقد أفادت المادة 1034 هذا المعني صراحة . فإذا لم يكن الراهن مالكا ، فلا يطبق النص المذكور ويتعين تطبيق قواعد رهن ملك الغير .

وتطبيقا لذلك لا يتوافر هذا الشرط إذا كان سند ملكية الراهن باطلا بطلانا مطلقا كما لو كان صادرا من عديم الأهلية ، أو كان قائما على سبب غير مشروع[1] . لأن البطلان المطلق يُعدم سند الملكية فلا يتوافر للراهن ، وقت الرهن ، أنه كان مالكا . ويترتب على بطلان سند ملكيته بطلان الرهن الذي قرره[2] .

كذلك الحال لو تقرر الرهن من مشتر بعقد غير مسجل ، فالعقد غير المسجل لا ينقل الملكية ، ولا يعد المشتري معه مالكا عند تقرير الرهن

ويطبق ذات الحكم إذا صدر الرهن عن واضع يد على العقار بنية تملكه إذا قرر رهنا على العقار قبل اكتمال مدة التقادم .

وعلى النحو السابق فان شرط ملكية الراهن لا يتوافر إلا في الحالات التي يكون فيها سند ملكيته قابلا للإبطال ، أو قابلا للفسخ ، أو قابلا للرجوع فيه (كما في الهبة) ، أو قابلا للإنقاص (كالموصي له بالنسبة لما يزيد عن ثلث التركة) ، أو قابلا للزوال لأي سبب آخر كما في حالة اخذ العقار بالشفعة ، بعد أن يكون من اشتراه بعقد مسجل قد قرر عليه رهنا رسميا[3] .

وفي جميع هذه الفروض السابقة يتحقق وصف زوال الملكية بأثر رجعي .

ويترتب على هذا الوصف أن المادة 1304 مدني لا تطبق إذا فقد الراهن ملكيته بغير اثر رجعي . ففي هذه الحالة يكون رهنه صحيحا غير مهدد بالزوال ابتداء ولا حاجة للدائن المرتهن أو الراهن إلى الاستناد إلى الحماية

---

(1) أو كان سند الملكية مزورا أو صوريا .

(2) في حالة الملكية المعلقة على شرط واقف إذا رهن العقار وتحقق الشرط كان بها وتأكدت الملكية وتأكد الرهن ، وإذا تخلف الشرط اعتبر الرهن واردا على ملك الغير .

(3) أحمد سلامة ، السابق ، ص 156 : فالمهم ليس هو سبب الزوال ولكن المهم أن يؤدي السبب إلى الزوال بأثر رجعي بناء على نص في القانون ... فالأثر الرجعي الاتفاقي لا يضر بحقوق الغير ومنهم الدائن المرتهن ، ومع ذلك فالأثر الرجعي الذي يتقرر بناء على نص في القانون يظل له هذا الوصف ويستوجب بالتالي تطبيق المادة 1304 مدني ولو تم إعماله بالاتفاق تفاديا للالتجاء إلى القضاء .

الخاصة للمادة المذكورة . وبناء على ذلك فليست هناك مشكلة إذا كان الراهن مشتريا بعقد مسجل تقايل مع البائع ، فليس للتقايل أثر رجعي ، حيث يعد التقايل عقدا جديدا ينقل الملكية من جديد من المشتري إلى البائع ، كذلك لو باع الراهن العقار أو هبه .

الشرط الثاني : أن يكون الدائن المرتهن حسن النية :

يشترط لتطبيق الحماية الخاصة للمادة 1304 مدني أن يكون الدائن المرتهن حسن النية عند إبرام الرهن . والعبرة في بيان حُسن النية هو بوقت إبرام الرهن . ولا أهمية لسوء نية الدائن المرتهن إذا طرأت في وقت لاحق ، حتى ولو كان سيء النية عند قيد الرهن .

ويفترض في الدائن – كما تقضي بذلك القواعد العامة – انه حسن النية ، إلى أن يقيم ، صاحب المصلحة في الطعن على الرهن ، الدليل على أن الدائن كان سيء النية وقت إبرام العقد .

وتعتبر هذه المسألة ، عند المنازعة فيها ، من المسائل الموضوعية التي يقدرها قاضي الموضوع على أن يكون تقدير المحكمة غير متناقض فيما استظهرته من وقائع بالنظر إلى تعريف حسن النية وسوئها . فهذه المسألة الأخيرة هي من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض .

ويعتبر الدائن المرتهن سيء النية إذا كان يعلم ، عند إبرام عقد الرهن ، أن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعي . وبناء على ذلك فإن الدائن المرتهن يعد سيء النية إذا قام الدليل على أنه يعلم أن الراهن كان مدينا بجزء من ثمن العقار المرهون ، مما يهدد بفسخ سند الملكية .

ومن ناحية أخرى فان المشرع قد افترض في حالات محددة سوء نية الدائن المرتهن وعلمه بما يهدد ملكية الراهن وهو ما نصت عليه المواد 15 و 17 من قانون الشهر العقاري .

فقد نصت المادة 15 من قانون الشهر العقاري على أنه : " يجب التأشير في هامش سجلات المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا ، كدعاوى البطلان أو الإلغاء أو الرجوع . فإذا كان

المحرر الأصلي لم يشهر ، تُسَجّلْ تلك الدعاوى " . ونصت المادة 17 من ذات القانون معدلة بالقانون 25 لسنة 1976 على أنه : " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما "[1].

وحاصل ما سبق أن العبرة بتاريخ قيد حق الرهن بالنسبة لتاريخ التأشير بالدعاوى المشار إليها في المادتين سالفتي الذكر .

فإذا كان تاريخ قيد حق الرهن سابقا على التأشير بالدعوى في هامش تسجيل سند الراهن ، فان الاصل هو افتراض حسن نية الدائن المرتهن وقت إبرام عقد الرهن ، فإذا دام الشك في هذا الافتراض وقع على من يدعي سوء نية الدائن المرتهن (أي علمه بما يهدد ملكية الراهن بالزوال) أن يقيم الدليل على ذلك .

أما إذا كان قيد الرهن لاحقا لتاريخ تأشير المدعي بدعواه في هامش تسجيل سند الراهن ، فان ذلك يقيم قرينة غير قابلة لإثبات عكسها بأن الدائن المرتهن يعلم بالدعوى ، وبالتالي إذا صدر فيها الحكم للمدعي فانه يكون حجة على الدائن المرتهن[2] .

الشرط الثالث : أن يكون الرهن مقيدا قبل زوال سند ملكية الراهن:

وقد سبق أن اشرنا إلى بعض تطبيقات تثبت أهمية القيد وأهمية أسبقيته ، وكذلك في علاقته بتسجيل الدعاوى التي تهدد ملكية الراهن أو تاريخ التأشير بها . ونضيف هنا أن شرط القيد هو بصفة عامة شرط أساسي حتى يمكن أن يحتج بالرهن على من عادت إليه الملكية إذا أريد بقاء الرهن مُثْقِلا لهذه الملكية . ذلك أن من عادت إليه الملكية بأثر رجعي يعتبر أجنبيا عن الراهن فلا

---

(1) " ولا يسري حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أول " (القانون رقم 25 لسنة 1976)

(2) السنهوري ، رقم 143 .

يحتج عليه بالرهن إلا إذا كان مقيدا قبل زوال الملكية . وتبدو أهمية هذه الإيضاحات في حالة الفسخ الاتفاقي (بشرط أن يكون إعمالا لفسخ بنص قانوني ، وليس مجرد تقايل كما سبق القول) . ففي هذه الحالة لا يحتج بالرهن على من عادت إليه الملكية بمقتضاه من شخص آخر .

اثر توافر الشروط السابقة :

إذا توافرت الشروط السابق عرضها فان الرهن يبقى قائما وينفذ في حق من عادت إليه الملكية . وهو حكم روعيت فيه مصلحة الدائن المرتهن حسن النية . ونتيجة لهذا النفاذ يكون من حق الدائن ، إذا لم يتم الوفاء بالدين المضمون اختيار أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة المالك الذي عادت إليه الملكية (وليس في مواجهة المدين الراهن حيث انقطعت صلته بالعقار المرهون) ، وذلك رغم أن هذا المالك لم يكن له يد في تقرير الرهن ، وليس مدينا بالدين المضمون ، وليس حائزا وفقا للمادة 1060 من القانون المدني حتى يتم تتبع العقار تحت يده .

وقد حاولت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن تجد تأصيلا نظريا لذلك الوضع الغريب الذي تنتهي به المادة 1034 من القانون المدني ، فذهب إلى أنه يمكن القول أن غير المالك الذي صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية تقررها حماية الدائن المرتهن حسن النية . أو يقال أن الرهن الرسمي كما يكتسب بالعقد كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير مالك في أحوال معينة ، إذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية[1] "

وذهب رأي آخر إلى أن الراهن يعتبر مالكا ظاهرا في الفرض المعروض . وهذه حيلة شرعية تفترض بقاء المال على ملك الراهن[2] .

وهناك من ذهب ببساطة إلى أن المشرع خرج على حكم القواعد العامة حماية لحسن النية ورعاية للثقة المشروعة[1] ، وان هذا وحده يكفي لتبرير الحكم الوارد في المادة 1034 من القانون المدني .

---

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء 7 ، ص 20 .

(2) شفيق شحاته ، السابق ، ص 88

وخلاصة القول :

أن الشخص قد يجد عقاره مرهونا عن دين ليس في ذمته ، في فروض ثلاثة :

- أن المالك هو الذي رتب الرهن على عقاره وهذا هو الكفيل العيني
- شخص لم يرتب الرهن ولكن الرهن نشأ والعقار في ملكه وهو فرض المالك الذي عادت إليه الملكية بأثر رجعي والذي سبق أن عرضنا له . فهو ليس مدينا .
- شخص لم يترتب الرهن ولم ينشأ الرهن والعقار في ملكيته بل انتقلت إليه الملكية والعقار محمل بالرهن ، وهو الحائز وفقا للمادة 1060 مدني .

ثالثا : رهن المباني القائمة على ملك الغير :

المشكلة في هذا الفرض أن شخصا بني في غير ملكه ، والأصل أن مالك الأرض يملك كل ما عليها إلا إذا قام دليل على أنه خول الغير مكنه إقامة منشآت وتملكها . فإذا ثبت ذلك كان مالك الأرض غير مالك المنشآت أو المباني .

والسؤال في هذه الحالة هو لمعرفة من له الحق في رهن المباني رهنا رسميا (بوصفها عقارا بطبيعته) ، وهل يملك صاحب البناء تقرير هذا الرهن رغم أنه ليس مالكا للأرض التي أقيم عليها .

اختلف الرأي في ظل القانون المدني القديم في هذه المسألة فرأي بعض الفقه أن صاحب حق الانتفاع أو المستأجر أو الزارع ليس لهم رهن ما يقيموا من مالهم الخاص من مبان ، حيث أن هذه المباني تكون ملكا لصاحب الأرض بحكم قواعد الالتصاق . في حين ذهب الرأي الغالب ، إلى أن قواعد الالتصاق غير متعلقة بالنظام العام ، وبالتالي يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، وعليه يجوز أن يصرح مالك الأرض للمستأجر أو المنتفع أن يقيم مبان على الأرض تكون

---

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية 1950 ، رقم 216 ، واحمد سلامه ، السابق ، ص 161 .

ملكيتها مؤقتا للمستأجر[1] أو صاحب حق الانتفاع . وفي هذه الحالة تكون المباني عقارات يجوز رهنها رهنا رسميا من جانب مالكها (من أقام البناء) . ويجوز هذا الأمر أيضا حتى لواضع اليد إذا صرح له مالك الأرض بالبناء مع تملكه مؤقتا.

وإذا تم إقرار الرهن الرسمي من جانب مالك البناء ، على النحو السابق ، فان للدائن المرتهن أن ينفذ على هذه المباني استيفاء لحقه . فإذا لم يتم التنفيذ حتى انتهت مدة تملك البناء (بانتهاء الإجارة أو حق الانتفاع مثلا) انقضى حق التتبع بالضرورة ، لأن الرهن ورد على ملكية مؤقتة ، ولكن يبقى حق التقدم الذي يمارسه الدائن المرتهن على ما يستحق من تعويض لصاحب البناء سواء أكان هذا التعويض اتفاقيا أم تحدد بحكم القضاء .

فقد نصت المادة 1038 من القانون المدني على أنه : " يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني ، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق "

ومعنى هذا النص أنه يجوز من حيث المبدأ أن يرهن مالك البناء المباني التي أقامها على أرض الغير ، فإذا فعل كان للدائن المرتهن أن ينفذ على هذه المباني إذا حل أجل الدين وكانت ملكية الراهن للمباني مازالت قائمة . وفي هذه الحالة يتلقى من يرسو عليه المزاد ملكية المباني بصفة مؤقتة في حدود حق الرهن ، فليس له أكثر مما كان للمالك المنزوعة ملكيته.

أما إذا زالت ملكية الراهن للبناء قبل أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه ، فان الأمر يختلف بحسب ما إذا كان هناك اتفاق بين مالك المباني ومالك الأرض ينظم مصير المباني أم لا . فإذا كان هناك اتفاق على أيلولة المباني لصاحب الأرض بدون مقابل فلن يحصل الدائن المرتهن على أي مقابل .

أما إذا كان هناك اتفاق على دفع مبلغ معين كتعويض ، فان حق الدائن المرتهن ينتقل إلى هذا المبلغ ، ويكون له حق التقدم وفقا للقانون .

---

(1) راجع مثلا : المادة 4 من قانون إيجار الأماكن رقم 49 لسنة 1977 في شأن المباني التي يقيمها مستأجر الأرض الفضاء على هذه الأرض بتصريح كتابي من المالك .

أما إذا لم يوجد اتفاق ينظم علاقة مالك المباني بمالك الأرض فان تعويض المباني يكون وفقا لأحكام الالتصاق في القانون المدني ، فإذا كان صاحب البناء حسن النية فانه يستحق من مالك الأرض اقل القيمتين ما زاد في قيمة الأرض بسبب المباني أو ما أنفقه صاحب البناء فيه . أما إذا كان صاحب البناء قد بني بسوء نية فإنه لا يستحق إلا قيمة البناء مستحقة الإزالة (أنقاضا) . وفي جميع هذه الحالات يكون للدائن المرتهن حق التقدم علي المبلغ المستحق لصاحب البناء .

وقد علقت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني على ما سبق ذكره من أحكام بقولها : " إذا رهن المباني صاحبها يقع الرهن عليها محددا بحقوقه ، ليبقى الرهن ما بقيت المباني قائمة ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى صاحب الأرض . فإذا انتقلت الملكية بالالتصاق ، انتقل الرهن إلى التعويض المستحق لصاحب المباني . وإذا أزيلت المباني في الحالات التي يجوز فيها ذلك ، كان للمرتهن حق على ثمن الأنقاض ، وهذه حالة من حالات الحلول العيني التي نص عليها المشرع " .

رابعا : رهن المال المستقبل :

كان القانون المدني القديم ينص على أن رهن العقارات التي تؤول إلى الراهن في المستقبل باطل . وقد رددت ذات الحكم المادة 1033 فقرة 2 من القانون المدني الحالي حيث نصت على أن : " يقع باطلا رهن المال المستقبل "

ولكن ما المقصود بالمال المستقبل الذي يحظر رهنه . ذهب رأي إلى أن المال المستقبل هو المال الذي لا يكون مملوكا للمدين ، ويرهنه دون تخصيص ، أي دون أن يعينه تعيينا كافيا . وبذلك يكون البطلان المطلق الذي قرره المشرع على رهن المال المستقبل هو جزاء على مخالفة مبدأ التخصيص[1] . وعلى هذا المعنى تكون الفقرة الأولى من المادة 1033 مدني قد واجهت فرض رهن ملك الغير ، أي رهن عقار معين تعيينا كافيا ، ولكنه غير مملوك للراهن وقت الرهن ، والجزاء هنا هو البطلان النسبي ، كما سبق وان عرضنا . في حين تواجه الفقرة الثانية ، من ذات المادة ، رهن العقار غير المملوك للراهن غير المعين تعيينا كافيا ، ويكون الجزاء هو البطلان المطلق . ويكون المشرع قد قصد من هذا التشدد في الجزاء حماية الراهن من أن يقدم على رهن ما يستجد له من أموال في المستقبل ، كأن يرهن ما سيؤول إليه من تركة أبيه مثلا[2] .

غير أن اتجاها آخر في الفقه لا يقر تعريف المال المستقبل بأنه المال غير المعين تعيينا كافيا ، لأن المشرع لو كان قد قصد إلى هذا المعنى لما كانت هناك حاجة إلى النص الخاص على هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة 1033 ، لأن عدم تعيين العقار المرهون يؤدي إلى بطلان الرهن لمخالفته لمبدأ التخصيص ، وفقا للفقرة الثانية من المادة 1035 من القانون المدني ، ليستوي في ذلك أن يكون الراهن مالكا أو غير مالك .

وبناء على هذا التحليل يذهب هذا الاتجاه الثاني إلى أن المقصود بالمال المستقبل هو المال الذي لا يملكه الراهن لأنه غير موجود ، " فالاستقبال يرد على وجود العقار في حد ذاته ولا يرد على التملك[3] " وبالتالي

(1) السنهوري ، السابق ، رقم 135 وما بعدها .

(2) السنهوري ، السابق .

(3) احمد سلامه ، السابق ، ص 121

يكون المشرع قد قصد الأشياء غير الموجودة أصلا عند إبرام العقد ولكنها ستوجد في المستقبل .

وعلى هذا المعنى الثاني يكون لنص الفقرة الثانية من المادة 1033 ذاتية خاصة ، ولا تكون تكرارا للجزء الخاص بعدم تخصيص العقار ، والذي أورده المشرع في المادة 2/1035 مدني . ومما يؤكد هذا المعنى أن الراهن قد يرهن مالا مستقبلا (غير موجود ماديا عند إبرام الرهن) ، كأن يرهن دارا سيقوم بإنشائها مستقبلا ، مع ذكر أوصافها وتعيينها تعيينا دقيقا ، ورغم هذا التخصيص والتعيين فإن الرهن يقع باطلا بطلاناً مطلقا لوروده على مال مستقبل .

خامسا : الرهن الصادر عن المالك الظاهر :

المالك الظاهر ليس مالكا حقيقيا وان كان يظهر على انه مالك العقار ، وقد يتعامل هذا الشخص في العقار بأن يرهنه رهنا رسميا ، فيكون السؤال عن مصير هذا الرهن .

وواضح ، من تعريف المالك الظاهر ، أن ليس للراهن صفة حقيقية بالنسبة للعقار ، ومن هنا يكون الجزاء ، الذي يتفق مع الأصول العامة في القانون ، هو أن رهنه قابل للبطلان لمصلحة الدائن المرتهن ، وغير نافذ في حق المالك الحقيقي ما لم يقره .

غير أن اعتبارات أخرى تتدخل في حل هذه المشكلة ، وهذه الاعتبارات تتمثل في الرغبة في حماية الغير حسن النية وتدعيم استقرار المعاملات التي قامت على أساس الأوضاع الظاهرة ، وهو ما يدعو إلى الخروج على منطق الأصول العامة في القانون ومحاولة تجويز الرهن الصادر من المالك الظاهر .

ويمكن استظهار ثلاث حالات لرهن المالك الظاهر ، وهي الرهن الصادر من المالك بسند صوري ، والرهن الصادر من الوارث الظاهر ، والرهن الصادر من المالك الظاهر باسم مستعار .

1- رهن المالك بسند صوري :

قد يبيع شخص لآخر عقاراً بسند صوري صورية مطلقة ، وقد يهبه العقار على ذات النحو . وفي الحالتين يحتفظ المتصرف بورقة الضد التي تثبت له ، في علاقته بالمتصرف إليه . صورية البيع أو الهبة .

فإذا كان المتصرف إليه الظاهر قد سجل سند ملكيته للعقار فانه يظهر أمام الناس بمظهر المالك الحقيقي ، فإذا قام بعد ذلك برهن هذا العقار لأحد دائنيه رهنا رسميا ، فان الرهن يعتبر صحيحا كأنه صدر عن المالك الحقيقي . ويعتبر هذا الحكم تطبيقا للقاعدة الواردة بالمادة 244 من القانون المدني .

1- إذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري .

2- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين .

وعلى هذا النحو فلو تقرر رهن لشخصين حسني النية ، احدهما تلقى الرهن من المالك الصوري ، فان الأفضلية تكون لهذا الأخير .

2- رهن الوارث الظاهر :

الوارث الظاهر هو من يحمل نفسه ويحمله الناس على أنه الوارث الحقيقي في حين أنه ليس كذلك حقيقة . ويختلف الوارث الظاهر عن حالة المالك بسند صوري في أن الأول يحتل مركزا ضد مصلحة صاحب الحق دون علمه ورغم إرادته ، في حين أن الثاني يحتل المركز الظاهري بعلم صاحب الحق وبالاتفاق معه[1] .

ومن هنا فان الصورية تنطوي على قدر من الخداع المتعمد باشتراك صاحب الشأن فيها ، لذلك كان منطقيا حماية الغير حسن النية الذي اعتمد على العقد الصوري وتفضيله على سواء .

أما في حالة الوارث الظاهر فان الأمر يبدو أكثر صعوبة ، حيث يذهب الرأي الغالب إلى أن تصرف الوارث الظاهر – بما في ذلك الرهن الذي يصدر عنه – لا ينفذ في حق الوارث الحقيقي ، ويعد تصرفا صادرا من غير مالك ، ويعامل على هذا الأساس .

في حين يذهب رأي قلة من الفقه إلى وجوب توسيع دائرة الأوضاع الظاهرة ، وحماية التصرفات التي تتم استنادا إليها ، حتى يمكن حماية الثقة المشروعة التي تتولد عنها . وبناء على ذلك يتعين – عند هذا الرأي – حماية الرهن الرسمي الصادر من الوارث الظاهر لدائن حسن النية ، وجعله نافذا في حق الوارث الحقيقي ، خاصة وان " الغلط الشائع يولد الحق " ، فضلا عن أن في القانون المصري عدة تطبيقات لفكرة الأوضاع الظاهرة ، كما هي الحال

---

(1) راجع : نعمان جمعة ، أركان الوضع الظاهر ، القاهرة 1977

في النيابة الظاهرة وفقا للمادة 107 من القانون المدني ، والوفاء للدائن الظاهر وفقا للمادة 333 من القانون المدني[1] .

3- رهن المالك الظاهر باسم مستعار :

وهذه الحالة قريبة من الصورية فهي صورية عن طريق تسخير اسم الغير . ومن قبيل ذلك أن يوكل شخص آخر في شراء عقار لحسابه ، ويتفقا على أن يكون الشراء باسم الوكيل ، الذي يظهر أمام الناس بمظهر المشتري ، وبالتالي بمظهر المالك الحقيقي . فإذا كان هذا الوكيل قد سجل عقد الشراء وباسمه ، ثم رهن العقار إلى الغير حسن النية ، فان الرهن يكون صحيحا ، وينفذ قبل المالك الحقيقي . وهو حكم يستند إلى ذات المفهوم الذي رجح المشرع من أجله مصلحة من يتعامل مع المالك بسند صوري ، والتي سبق عرضها .

سادسا : رهن المال الشائع :

إذا تعدد ملاك الشيء الواحد ، ولم تكن لأي منهم ملكية مفرزة في الشيء فهم شركاء على الشيوع (م 825 مدني) ، لذلك يقال أن كل شريك مالك في كل ذرة من ذرات الشيء ولكن دون انفراد . والشريك على الشيوع هو مالك بالمعنى الفني للكلمة ، ولكن نظرا لأن ملكيته غير مفرزة فان مباشرته لسلطاته على المال تتقيد بعدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين . وهذا المعنى الأخير هو ما أوردته المادة 1/826 من القانون المدني: " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بأي من الشركاء ".

الرهن الصادر من جميع الشركاء :

ليس هناك مشكلة إذا اتفق جميع الشركاء على إجراء تصرف أيا كان في العقار الشائع ، حيث يكون التصرف نافذا في حقهم جميعا ابتداء وانتهاء .

وقد نصت المادة 1039 من القانون المدني ، في صدد الرهن على أن يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد ، أو على بيعه لعدم إمكان قسمته .

---

(1) راجع السنهوري ، السابق ، رقم 140 .

وتبدو أهمية هذا النص تفادي الأثر الرجعي للقسمة إذا ما انتهت هذه القسمة إلى أيلولة العقار كله إلى احد الشركاء فقط . فوفقا للأثر الرجعي لا ينفذ الرهن في حق هذا الشريك إلا في حدود حصته ، أما بالنسبة لباقي العقار فان الشركاء لم يكونوا مالكين لشيء من العقار عند عقد الرهن . فيضحى رهنهم ، بحكم الأثر الرجعي للقسمة ، صادرا من غير مالك .

وقد تفادت الفقرة الأولى م المادة 1039 مدني هذه النتيجة حين قررت بقاء الرهن نافذا أيا كانت النتيجة التي ترتبت على القسمة فيما بعد ، أو بيع العقار لعدم إمكان قسمته .

ونعتقد أن هذا الحكم يتفق مع المنطق والعدالة ، إذ لا مجال لإعمال الأثر الرجعي للقسمة بطريقة نظرية مجردة . فهذا الأثر ما هو إلا مجرد حكم مجازي يستهدف فقط حماية كل شريك من التصرفات التي ينفرد بها بعض شركائه الآخرين . ولذلك فلا مجال للبحث في هذا الأثر مادام الرهن قد صدر من جميع الشركاء . لذلك تنطبق هذه القاعدة على الرهن الحيازي رغم عدم وجود نص .

ولكن الإجماع قد لا يكون متيسرا دائما ، وقد يحدث عملا ما يمثل خروجا عليه . لذلك واجه المشرع فروض التصرفات – ومنها الرهن – الصادر عن بعض الشركاء (أغلبية كانت أم أقلية) أو عن أحد الشركاء .

الرهن الصادر عن أغلبية خاصة من الشركاء :

وهذا الرهن يصبح نافذا في حق الجميع . وينبني هذا الحكم على نص المادة 832 من القانون المدني : " للشركاء الذين **يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقروا التصرف فيه** إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية : على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة ، خلال شهرين من وقت الإعلان وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر ، تبعا للظروف ، ما إذا كان التصرف واجبا "

ويبين من هذا النص أن مصير الرهن يظل معلقا على قرار المحكمة إذا اعترضت الأقلية في خلال المهلة التي حددها لها النص . وفي حالة الاعتراض قد تقرر المحكمة قسمة المال إذا كانت لا تلحق ضررا بمصالح

الشركاء . وفي هذه الحالة يستقل كل شريك بحصته المفرزة ، يتصرف فيها كما يشاء وتنتهي مشكلة رهن المال الذي كان شائعا .

أما إذا قدرت المحكمة أن القسمة تضر بمصالح الشركاء فإنها تنظر في أمر الرهن الصادر من الأغلبية فان قدرت انه مناسب قضت بوجوبه نافذا في حق الجميع . أما إذا قدرت المحكمة عدم مناسبته فإنها تقضي بعدم وجوبه .

وإذا استقرت المحكمة على الفرض الأول ، وهو مناسبة الرهن ، فان هذا لا يمنع الشركاء ، فيما بعد ، من طلب بيع العقار – بالمزاد – نظرا لأن القسمة ضارة بمصالحهم . وفي هذه الحالة ينتقل العقار إلى من رسى عليه المزاد محملا بالرهن ، يستوي في ذلك أن يكون الراسي عليه المزاد هو احد الشركاء ، أو شخصا أجنبيا (م 1/1029 مدني)

الرهن الصادر عن احد الشركاء :

نصت الفقرة الثانية من المادة 1039 من القانون المدني على أن " إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار ، ثم وقع نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل . ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين .

ونعرض فيما يلي لعدة فروض :

الفرض الأول : إذا رهن الشريك حصته الشائعة :

يكون الرهن في هذه الحالة صحيحا ، فهو رهن صادر من مالك له سلطة التصرف وفقا للمادة 1/826 من القانون المدني والتي تنص على أن كل شريك يملك حصته الشائعة ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها ويجوز للدائن ، مادام الشيوع قائما ، أن ينفذ على الحصة المرهونة عند حلول اجل الدين ، وان

يتخذ إجراءات بيعها بالمزاد العلني ، ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك المشتاع في حقوقه .

أما إذا تمت قسمة المال الشائع قبل حلول اجل الدين فان الأمر لا يخرج عن احد احتمالات أربعة :

الاحتمال الأول :

أن يختص الشريك بجزء مفرز من المال يعادل الحصة الشائعة أو يزيد عنها ، وقد يختص بالمال كله ، ففي جميع هذه الحالات ليست هناك مشكلة بالنسبة للدائن المرتهن ، حيث يتركز حق الدائن على الجزء المفرز الذي يعادل الحصة المرهونة في الحالة الأولى . ويبقى الرهن على الحصة الشائعة في الحالتين الأخيرتين ، أي ينتقل العقار إلى الشريك الراهن مرهونا شيوعا بمقدار الحصة المرهونة التي كانت له قبل القسمة .

الاحتمال الثاني :

أن يقع في نصيب المتقاسم عقار آخر غير العقار المرهون (ولابد أن يكون عقارا يرد عليه الرهن الرسمي) . في هذه الحالة ينتقل الرهن بمرتبته إلى العقار الذي وقع في نصيب الراهن . وهو تطبيق لفكرة الحلول العيني . وانتقال الرهن إنما يكون – وفقا للمادة 2/1039 مدني إلى قدر من العقار ، الذي وقع في نصيب الراهن ، يعادل قيمة العقار المرهون أصلا . ويتم تعيين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويتعين على الدائن أن يجري قيدا جديدا بالقدر الذي انتقل إليه الرهن في خلال تسعين يوما من وقت إخطاره ، بتسجيل القسمة ، من جانب أي صاحب شأن .

الاحتمال الثالث :

إلا يقع في نصيب المتقاسم أي عقار ، بل يؤول نصيبه إلى منقول ، وفي هذه الحالة لا يمكن تطبيق فكرة الحلول العيني ، لان محل الرهن الرسمي لا يمكن إلا أن يكون عقارا . لذلك ذهب رأي أول ، وهو الرأي الغالب ، إلى أن الدائن المرتهن يفقد ، في هذه الحالة حقه في الرهن[1] . في حين يذهب رأي

---

(1) راجع : السنهوري ، السابق ، ص 331

آخر إلى أن اعتبارات العدالة تقتضي أن ينتقل الرهن إلى المنقول وان يتحول الرهن بالتالي إلى رهن حيازي[1] .

الاحتمال الرابع :

أن يأخذ المتقاسم نصيبه نقدا ، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن ، بحكم الرهن ، حق التقدم في استيفاء دينه من المبلغ (م 1056) مدني ، وذلك إذا كان اجل دينه قد حل ، أما إذا كان اجل الدين لم يحل عند القسمة ، فيرى البعض أن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى المبلغ الذي يستحقه الشريك ، وفي هذه الحالة نكون بصدد صورة من صور رهن الدين[2] . ولكننا نفضل في هذه الحالة اعتبارا عدم أيلولة شيء من عقار في نصيب الراهن نوع من أضعاف التامين يسقط به الأجل الممنوح ما لم يقدم المدين الراهن تأمينا آخر[3] .

الفرض الثاني : إذا رهن الشريك المشتاع حصة مفرزة :

قبل القسمة : لا يملك الشريك أي جزء مفرز في المال الشائع (هو يملك حصته الشائعة ملكا تاما) . ولهذا فان تصرفه في جزء مفرز إنما هو خروج على منطق الشيوع . وإضرار بحقوق الشركاء المشتاعين الآخرين . وتطبيقا لذلك إذا رهن المشتاع جزءا مفرزا من المال فان رهنه لا ينفذ في حق بقية الشركاء ، ولهم أن يتجاهلوا هذا الرهن ، وان يتصرفوا في المال طالما كان الشيوع قائما ، على أساس عدم قيام هذا الرهن .

أما فيما بين طرفي الرهن (الشريك الراهن والدائن المرتهن) فان عقد الرهن يظل صحيحا ، ولكن يعد جزئيا رهنا لملك الغير ، حيث لا ينفرد الشريك الراهن بالجزء الذي رهنه ، ويؤدي تطبيق المادة 2/826 مدني إلى إعطاء الدائن المرتهن ، إذا كان يجهل قيام حالة الشيوع ، أن يطلب إبطال عقد الرهن للغلط ، وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف .

---

(1) راجع : منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ، ص 55

(2) منصور مصطفى منصور ، السابق .

(3) راجع : احمد سلامه ، السابق ، ص 145 وما بعدها .

إذا تمت القسمة فإما أن يقع الجزء المرهون من العقار في نصيب الشريك الراهن فيستقر الرهن عليها ، وأما أن يرد في نصيبه جزء أخر فينتقل الرهن إليه ، سواء كان هذا الجزء الآخر في ذات العقار أو في عقار آخر .

وهذا الحكم الأخير هو ما ورد في صدر الفقرة 2 من المادة 1039. ويلاحظ أن الأحكام السابقة تطبق على حالة قيام الشريك المشتاع برهن العقار كله ، فالرهن غير نافذ بالنسبة للشركاء الآخرين ، وصحيح بين طرفيه ، على النحو السابق عرضه ، ويحق للدائن طلب إبطاله للغلط إذا كان يجهل قيام حالة الشيوع .

وإذا تمت القسمة ، استقر الرهن على ذات العقار ، أو على الجزء منه الذي يقع في نصيب الراهن ، أو ينتقل إلى ما يقع في نصيبه من عقار آخر.

ملاحظات خاصة بانتقال الرهن إلى عقار غير العقار المرهون :

هناك عدة أحكام هامة يتعين مراعاتها في جميع حالات انتقال الرهن إلى غير العقار المرهون . وقد وردت هذه الأحكام في نص المادة 1039 مدني ، وهذه الأحكام ثلاثة :

1- انه إذا وقعت عند القسمة في نصيب الشريك أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار المرهون . ويجب أن يتحدد هذا القدر – كما سبقت الإشارة – بأمر على عريضة ، وعلى الدائن المرتهن أن يجري قيدا جديدا للرهن وذلك خلال تسعين يوما من إخطاره بتسجيل القسمة .

2- أن الدائن المرتهن من احد المشتاعين ، والذي ينتقل حقه إلى عقار آخر غير العقار المرهون ، يتأخر في المرتبة عن الرهن الصادر من جميع الشركاء في هذا العقار الآخر ، حتى ولو كان قيد الرهن الثاني بعد تاريخ قيد الرهن الأول . **فالدائن المرتهن من جميع الشركاء في عقار معين يفضل ، أيا كان تاريخ قيده ، على الرهن الصادر من شريك** – على عقار آخر – ولم يكن أصلا مقررا على هذا العقار إنما انتقل إليه بحكم نتيجة القسمة .

3- أن للشركاء في حالة القسمة امتياز المتقاسم على العقار الذي انتقل إليه الرهن ، وهو امتياز يضمن لهم الحقوق المترتبة على القسمة ويتقدم هذا

الامتياز على حق الدائن المرتهن (الذي انتقل إلي العقار) حتى ولو كان حق الامتياز متأخرا في المرتبة .

رهن الوارث قبل سداد ديون التركة :

نظم قانون الشهر العقاري شهر حق الإرث ، ووضع تنظيما لتحقيق قاعدة ألا تركه إلا بعد سداد الديون . فقد نصت المادة 13 من قانون الشهر على انه : " يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث ، مع قوائم جرد التركة ، إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك دون رسم . والى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق . ويجوز أن يقتصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة . وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة تبني على أساسها تصرفات الورثة ".

وبناء على هذا النص فان الوارث لا يستطيع أن يشهر أي تصرف في أي عقار من عقارات التركة إلا إذا كان قد أشهر حق الإرث . على أساس أن حق الإرث هو سند ملكية الوارث . وتطبيقا لهذه القاعدة إذا رهن الوارث احد عقارات التركة فان الدائن المرتهن لن يستطيع قيد هذا الرهن طالما أن حق الإرث لم يشهر .

ومن ناحية أخرى فقد نصت المادة 14 من قانون الشهر العقاري على انه : " يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث على هامش تسجيل الاشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتج بها التأشير من تاريخ حصوله . ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بشهره قبل هذا التأشير "

ومعنى ذلك انه إذا رهن الوارث احد عقارات التركة فان للدائن المرتهن أن يقيد هذا الرهن مادام حق الإرث قد تم تسجيله ، ولكن هذا الدائن المرتهن يتأخر عن الدائن العادي للتركة ، إذا كان هذا الدائن العادي قد اشر بحقه على هامش تسجيل الإرث خلال سنة من تاريخ هذا التسجيل .

أما إذا كان دائن التركة العادي قد أهمل في التأشير بحقه حتى مضت سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث فان الدائن المرتهن من الوارث سوف يتقدم عليه (مادام قد قيد هذا الرهن وفقا للقانون)

المطلب الثاني
العقار المرهون وتخصيصه
ورود الرهن على عقار يجوز التعامل فيه وبيعه بالمزاد

نصت المادة 1035 مدني على أن الرهن الرسمي لا يرد " إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "

كما نصت المادة ذاتها في الفقرة الثالثة منها على انه ، وتطبيقا لهذه الفقرة ، وكما سبق أن المحنا ، " **لا يجوز أن يرد الرهن على مال موقوف ، ولا على مال من الأموال العامة** " (أما أملاك الدولة الخاصة فيجوز التصرف فيها)

كذلك لا يجوز بصفة عامة ، رهن الأموال التي اقترنت ملكيتها بشرط اتفاقي على عدم التصرف فيها . غير أن المنع هنا يتقيد في حدود المصلحة من شرط عدم التصرف . ففي كثير من الأحيان يكون الرهن قابلا للبطلان لمصلحة من تقرر منع التصرف لصالحه ، حيث يكون له أن يتمسك بالإبطال أو أن يجيز الرهن(1) . وفي بعض الأحيان لا يتعارض الرهن مع عدم التصرف ، كما في الشرط الذي يفرضه البائع على المشتري بقصد منعه من التصرف في العقار المبيع إلى حين استيفاء كامل الثمن ، فهذا الشرط لا يتعارض مع رهن العقار ، من جانب المشتري ، رهنا رسميا .

وقد يفرض القانون قيدا بعدم جواز التصرف في المال أو عدم نفاذ رهنه . ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة 601 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 من أن " حقوق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص المقررة على أموال المدين يجوز الحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع وبعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص ".

---

(1) في بعض الحالات يكون الشرط حماية لمن فرض عليه المنع من التصرف خشية إسرافه وتبذيره وفي هذه الحالة لابد من إعطاء المشترط مكنة طلب إبطال الرهن الذي يخل بشرط المنع من التصرف
أحمد سلامه ، ص 126

كذلك الحكم بالنسبة للرهن الذي يقرره المدين المعسر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (م 357 مدني) ، أو بالنسبة للرهن الرسمي (أو أي حق عيني تبعي آخر) الذي يقرره المدين ، أو حائز العقار ، بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، حيث لا يسري في حق الدائنين (ولو كانوا عاديين) ، ولا في حق من رسى عليه المزاد .

وأخيرا لا يجوز رهن الحق العيني العقاري الذي خصص لصاحبه لاعتبار شخصي ، كما هو الحال في حق السكنى وحق الاستعمال ، لان أصحاب هذه الحقوق لا يستطيعون النزول عنها إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي (م 997 مدني)

وبعد ذكر هذه الشروط المبدئية التي يجب توافرها في العقار المرهون ، نعرض لقاعدة تخصيص العقار المرهون (أي تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا) ، ثم لمشتملات الرهن أي تحديد كل العناصر الملحقة التي تدخل في وعاء الرهن الرسمي .

أولا : تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون :

نصت المادة 2/1035 من القانون المدني على أنه : " يجب أن يكون العقار المرهون معينا تعينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وان يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلا " . وهذا التعيين الدقيق هو ما يسمى تخصيص الرهن الرسمي من حيث العقار المرهون[1] .

ويقتضي تخصيص العقار أن يرد الرهن ، وكما ورد في النص ، على عقار أو عقارات معينة بالذات ، ثم تحديد العقار من حيث طبيعته وكنهه ومن حيث موقعه .

---

(1) والشق الثاني لمبدأ التخصيص والذي سنعرض له فيما بعد هو تعيين الالتزام المضمون وتعيين مقداره تعيينا دقيقا ، وهو ما يسمى تخصيص الدين المضمون .

فمن حيث طبيعته يتعين بيان هل ورد الرهن الرسمي على ارض ، وهل هذه الأرض ارض فضاء أم ارض زراعية مثلا . وإذا كان العقار بناء ، أو منشاة مقامة ، وجب بيان نوعها ، وهل هي دار للسكنى ، أم مصنع أم منشأة سينمائية .... الخ .

ومن حيث الموقع يكون التعيين ببيان الجهة الكائن بها العقار والحوض أو المربع ، وحدود العقار ، من نواحيه المختلفة ، وبصفة عامة ذكر البيانات التي تفيد في تفرد العقار وعدم اختلاطه بغيره ، أي التي تنفي عنه شبهة التجهيل .

وتستهدف قاعدة التخصيص المشار إليها تحقيق مصلحة للراهن ومصالح الغير في ذات الوقت .

فبالنسبة للغير يؤدي التخصيص إلى سهولة الإلمام بالحالة المالية للمدين ، وما يثقل عقاراته من حقوق عينية تبعية ، وبالتالي يستطيع هذا الغير أن يقدر عن بصيرة واضحة مدى ملائمة التعامل مع هذا المدين على ضوء هذا الموقف .

أما بالنسبة للمدين الراهن فان مبدأ تخصيص الرهن ، من حيث العقار أو العقارات المرهونة ، يفيده في انه يدفعه إلى إدراك ما يقدم عليه تماما بحيث لا ينساق في تصرفاته إلى حدود لا تتناسب مع ما يثقل ذمته من ديون . فهو يدرك ، في كل حالة يقدم فيها على الرهن ، قدر العقار الذي يرهنه وموقعه وحدوده على نحو يظهر له أهمية التصرف ومداه .

جزاء عدم التخصيص :

يترتب على عدم الالتزام بقاعدة وجوب تخصيص العقار المرهون ، أي عدم تحديده تحديدا دقيقا على النحو السالف ذكره ، بطلان الرهن بطلانا مطلقا . ويترتب هذا الجزاء على عدم التخصيص عند عقد الرهن أو في ملحقه . ولا يجوز تصحيح الموقف باستيفاء التخصيص عند قيد الرهن في الشهر العقاري . ذلك أن القيد إجراء لاحق على نشأة الرهن ، والرهن لا ينشأ صحيحا إلا باستيفاء التخصيص على نحو ما سلف . فان لم يتم ذلك تعذر القيد ، لبطلان الرهن ذاته .

والبطلان المترتب على عدم التخصيص هو ، كما ذكرنا البطلان المطلق . لذلك فان هذا البطلان لا ترد عليه الإجازة ، ويجوز لكل صاحب مصلحة أن يتمسك به . الدائن المرتهن ذاته ـ وورثة كل من طرفي العقد ، والدائنون الآخرون ، حائز العقار ، والدائن العادي صاحب المصلحة في بطلان الرهن .

<u>ثانيا : ملحقات العقار المرهون وثماره وإيراده .</u>

ملحقات العقار المرهون :

نصت المادة 1036 من القانون المدني أن : " يشمل الرهن محلقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا[1] ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق علي غير ذلك ، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليها في المادة 1148 "

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد تعرض للملحقات التي تعتبر عقارا وخص بعضها بالذكر : " ويشمل بوجه خاص ..... " . والحكم المشار إليه غير متعلق بالنظام العام ، إنما هو تعبير عن قاعدة مكملة لإرادة طرفي الرهن الرسمي . وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافه ، إذ باستطاعة الطرفين إضافة ملحقات لم ترد بالنص ، كما يجوز لهما إخراج بعض ما ورد به .

وتدخل الملحقات في وعاء الرهن الرسمي ، بشرط أن تكون العقارات سواء بطبيعتها أو بالتخصيص . وبناء على ذلك لا يدخل المنقول القائم في العقار المرهون في وعاء الرهن إذا تخلف فيه كل أو بعض شروط العقار بالتخصيص .

وإذا توافر وصف العقار للمال دخل في وعاء الرهن أيا كان تاريخ إلحاقها بالعقار المرهون ، أي سواء حدث هذا الإلحاق وقت عقد الرهن

---

(1) العقارات بالتخصيص ، وهي المنقولات التي يضعها صاحب العقار في ملكه رصدا على خدمة هذا العقار واستغلاله (م 82 مدني) ، يستوي في ذلك أن تكون هذه المنقولات قد خصصت لخدمة العقار واستغلاله عند إنشاء الرهن أو خصصت في وقت لاحق لنشأته . مع ملاحظة أن هذه المنقولات تفقد صفتها العقارية ، وتخرج بالتالي من نطاق الرهن ، إذا نزعت عن العقار المرهون . وللدائن أن يلزم الراهن الحائز لها بإعادتها ما لم يصطدم بحائز حسن النية يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

الرسمي ، أو حدث في وقت لاحق على العقد . ويستوي في ذلك أيضا أن تكون هـذه الملحقـات قـد وجـدت بفعـل الـراهن ، أو بفعـل شـخص آخـر ، أو بفعـل الطبيعة .

(أ) حقوق الارتفاق :

وهي الحقوق التي تتقرر لصالح العقار المرهون على عقار آخر وهـي حقوق الارتفاق العقارية ، كحق المرور أو المجرى .... الخ . وتعتبر مثـل هذه الارتفاقات أموال عقاريـة تـدخل فـي مشـتملات الـرهن إلحاقـا بـالعقار المرهون وفقا لصريح المادة 1036 من القانون المدني .

ويلاحظ أن حقوق الارتفاق تدخل فـي الـرهن حتـى لـو طـرأت بعد عقد الرهن (وهو حكم يشمل كافة الملحقات الأخرى) ، يستوي فـي ذلـك أن تكـون الارتفاقات اتفاقية أو قانونية .

(ب) التحسـينات والإنشـاءات التــي تعـود بمنفعـة علــى العقــار المرهون :

يشمل الرهن كل ما يطرأ على العقـار مـن تحسينات أو إنشـاءات تـؤدي إلـى زيادة نفعه وقيمتـه . وبعض التحسينات قد يكـون بفعـل الطبيعـة ، كـالطمي الذي يزيد من قيمة العقار ويأخذ حكمه وفقا لقواعد الالتصاق . والبعض الآخـر قد يكون من فعل الإنسـان ، فـالراهن نفسـه قد يضـيف إلـى العقـار تحسينات أو إنشاءات يستحدثها بعد عقد الرهن ، كأن يقيم غراسـا ، أو يضـيف ديكـورا ، أو أن يضيف بناء جديدا لم يكن قائما من قبل[1] .

---

(1) وقد تكون التحسينات معنويـة كارتفـاع قيمـة العقـار المرهـون نتيجـة تحسينات أقامتها الدولـة ، كإنشاء مول ضخم بجوار العقار المرهون ، أو شق طريق ... الخ . ولذلك فان تعبير التحسينات يشمل كل مستجد أيـا كـان مصـدره : الطبيعـة أو الإنسـان أو الدولـة .. مـع ملاحظـة أنـه إذا كـان بفعل الغير ، كمـا لـو كـان الغير أقام منشـات علـى العقار المرهـون ، فـان لهذا الغير الحـق فـي التعويض وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب ، حيث يستحق له أقل القيمتين : قيمـة المـواد المستخدمة

ويشترط في هذه الأحوال أن تكون المنفعة قد عادت على ذلك العقار المرهون . وتظهر أهمية هذا لإيضاح الأخير في أن هناك تحسينات لا تخص المالك ، كالأتربة والإصلاحات المؤقتة التي يقيمها المستأجر ، فهذه لا تدخل في وعاء الرهن لأنها غير متصلة اتصال ثبات وقرار بالعقار المرهون (مؤقتة) ، وغير مملوكه للمالك . وباختصار فان ما يقيمه الغير على العقار المرهون لا يدخل في وعاء الرهن إلا إذا الحق بالعقار ، وبالتالي بملكية صاحبه بحكم قواعد الالتصاق .

ويأخذ حكم التحسينات الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية إذا كانت قد تقررت للغير ثم عادت الملكية كاملة للراهن على العقار المرهون تطبيقا لذلك إذا صدر الرهن من مالك الرقبة أثناء تقرير حق انتفاع للغير على العقار ، ثم انقضى حق الانتفاع أثناء مدة الرهن باعتباره ملحقا بالعقار المرهون ، فان حق الانتفاع يدخل في وعاء الرهن باعتباره من ملحقات العقار المرهون .

ففي جميع الحالات السابقة يتوافر في الملحقات شرط المادة 1036 من القانون المدني في أن هذه المحلقات تعتبر عقارا : " يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا "

ويتعين مراعاة ما قد يكون للغير من حقوق ، في الحالات السابقة ، كأن يكون حق الانتفاع مرهونا للغير[1] .

كذلك الحال إذا كان هناك بناء قد أقيم على الأرض المرهونة ، أو أضيف إلى البناء القائم ، فان الرهن يشمله من حيث المبدأ ، ولكن امتياز

واجر العمالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء ، مع ملاحظة أن امتداد الرهن في مثل هذا الفرض لا يخل بامتياز المقاول والمهندس (م 1148 مدني) .

(1) وقد تكون التحسينات معنوية كارتفاع قيمة العقار المرهون نتيجة تحسينات أقامتها الدولة ، كإنشاء مول ضخم بجوار العقار المرهون ، أو شق طريق ... الخ . ولذلك فان تعبير التحسينات يشمل كل مستجد أيا كان مصدره : الطبيعة أو الإنسان أو الدولة .. مع ملاحظة أنه إذا كان بفعل الغير ، كما لو كان الغير أقام منشات على العقار المرهون ، فان لهذا الغير الحق في التعويض وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب ، حيث يستحق له أقل القيمتين : قيمة المواد المستخدمة واجر العمالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء ، مع ملاحظة أن امتداد الرهن في مثل هذا الفرض لا يخل بامتياز المقاول والمهندس (م 1148 مدني) .

المقاول والمهندس يتقدم على حق الدائن المرتهن ، حتى ولو كان نشوء الامتياز لاحق على الرهن .

(ت) العقارات بالتخصيص :

وهي المنقولات بطبيعتها ، التي وضعها مالكها – وهو مالك العقار في ذات الوقت – في عقاره رصدا لخدمة هذا العقار ، فرغم أن هذه المنقولات تعد بطبيعتها منقولات وليست عقارا إلا أنها تلحق بالعقار وتأخذ حكمه ، فإذا ألحقت بعقار مرهون ، خضعت لحكم الرهن ، ودخلت في وعائه .

وليس هناك صعوبة في تبرير هذا الأمر ، ذلك أن من شروط المنقول ، الذي يصبح عقارا بالتخصيص ، ويأخذ حكمه ، أن يتم التخصيص من جانب المالك الذي هو ذات مالك العقار – وان يتم ذلك بإرادته واختياره .

ولهذا السبب ، فانه إذا أصبحت المنقولات عقارا بالتخصيص وألحقت بالعقار ، وأخذت حكمه ، فلا يجوز للمدين (المالك) أن يعود إلى نزعها ، وتغيير تخصيصها . فهذا الأمر يعد إنقاصا لقيمة العقار المرهون يحق للدائن أن يعترض عليه وان يحول دونه . وله أن يطلب بعودة المنقولات إلى العقار ، إذا كانت مازالت في حوزة المدين الراهن ، أو كانت قد انتقلت إلى الغير سيء النية .

أما إذا كانت المنقولات قد خرجت إلى شخص من الغير وكان حسن النية ، فان نزع المنقولات يعد أضعافا للتامين يرتب في حق المدين سقوط الأجل وحلول استحقاق الدين .

وكل ذلك يؤكد وثوق القاعدة القائلة بإلحاق العقار بالتخصيص بوعاء الرهن ، لمصلحة الدائن المرتهن .

(ث) ثمار العقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية :

وقد نصت على هذا الأمر المادة 1037 من القانون المدني : " يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل . ويجري في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار " . (وراجع المادة 406 مرافعات)

ويضع النص السابق حلا وسطا بين حقوق الدائن وحقوق المدين فيما يتعلق بالثمار .

فالأصل أن المدين له أن يستغل العقار المرهون وان يقبض ثماره إلى حين إلحاقها بالعقار (م 1044 مدني) . وقد حدد المشرع حقوق المدين في هذا الشأن إلى وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية . فمنذ هذا الوقت تلحق بالعقار المرهون ويجري عليها ما يجري على الثمن من أحكام ، فيكون للدائن في شأنهما معا حق الأفضلية في مواجهة الدائنين الآخرين .

ويشمل الحكم السابق الثمار بنوعيها المادية والمدنية . والأولى تنصرف إلى كل ما يتولد من العقار سواء بتدخل الإنسان أو بفعل الطبيعة . والثمار الثانية (المدنية) تشمل كل ما يغله العقار من دخل نقدي نتيجة انتفاع الغير به كالأجرة المستحقة عن الإيجار .

المطلب الثالث

تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون

لا يكفي أن يكون الرهن مخصصا من حيث العقار المرهون ، بل يتعين فضلا عن ذلك ، أن يكون مخصصا من حيث الدين المضمون . فالرهن ينشأ أساسا لضمان الدين ، فالأول تابع للثاني ، كما سبقت الإشارة في صحته وانقضائه .

وقد اقتضت هذه التبعية إقرار مبدأ آخر على قدر كبير من الأهمية هو مبدأ عدم قابلية الرهن للتجزئة ، وقد سبق بيان ذلك .

وقد نصت على تخصيص الدين المضمون (أي تحديده) المادة 1040 من القانون المدني حيث جاء فيها :

" يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي . كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين "

ويستهدف مبدأ تخصيص ، أو تحديد ، الدين المضمون عدم تقرير الرهن لضمان ديون مجهلة . وبناء على ذلك لا يجوز الرهن ضمانا لكل الديون التي تستحق للدائن في ذمة المدين ، أو تلك التي ستنشأ خلال مدة معينة .

ويتحدد الدين المضمون من ناحيتين ، ناحية مصدره ، وناحية مقداره .

أما من حيث المصدر فيجب أن يذكر ما إذا كان العقد قد نشأ عن عقد قرض أم انه ثمن لبيع ، أو عوض عن هبه .... الخ . وتظهر فائدة هذا التحديد على وجه الخصوص إذا كان للدائن عدة حقوق قبل المدين وكان كل منها ناشئا عن مصدر يختلف عن الآخرين . ففي هذه الحالة يكون تحديد المصدر هو المُعِينُ في تحديد أي الديون هو المضمون بالرهن . يضاف إلى ذلك أن هذا التعيين لازم في قيد الرهن .

أما من حيث المقدار ، فيجب أن يتحدد قدر الدين المضمون ، ولا مانع وفقا للمادة 1040 من القانون المدني أن ينشأ الرهن ضمانا لدين احتمالي أو دين معلق على شرط . وهذا الأمر يتصور ضمان ديون غير محددة في الحال ، أي عند إبرام عقد الرهن ، كما هو الحال في تقرير الرهن ضمانا لفتح حساب جار لا يتحدد فيه قدر المديونية عند فتحه . وفي هذه الحالة يتعين أن يتحدد في عقد الرهن الحد الأقصى الذي لا يتعداه الدين مستقبلا . كذلك الحال في ضمان تعويض عن عمل غير مشروع لم يتحدد قدره عند الرهن حيث يتعين تحديد العناصر المعروفة في تحديد التعويض في عقد الرهن ذاته ، يضاف إلى ذلك وجوب ذكر رقم تقريبي في العقد .

وفي جميع الحالات فان الرقم المحدد ، أو الحد الأقصى المذكور ، وهو الذي يذكر في القيد ، هو المناط في الاحتجاج على الغير في تحديد المدى المضمون . وفي قاعدة وجوب تخصيص الدين مصلحة للمدين ذاته حيث يدرك قدر ما يجب عليه من دين ومدى تناسب العقار المرهون مع تلك القيمة .

كما أن في التحديد مصلحة مؤكدة للغير الذي يقدم على التعامل مع المدين ، حيث يستطيع أن يطلع على حالته المادية ومدى الأعباء التي تثقل

عقاره أو عقاراته المختلفة ، فمن يقدم على شراء العقار المرهون ، ومن يقدم على رهن تال في المرتبة ، يستطيع أن يطلع على الحالة المالية للعقار ، وان يرتب أموره على أساس من هذا الاطلاع .

الفصل الثاني
آثار الرهن الرسمي

ينشئ الرهن آثارا فيما بين المتعاقدين ، كما ينشئ آثار بالنسبة للغير.

وفيما بين المتعاقدين يكتسب الدائن المرتهن حقا عينيا على العقار المرهون ، وذلك بمجرد انعقاد الرهن . فإذا ما تم قيد الرهن وفقا للقانون فان الرهن ينشئ آثاره قبل الغير ، وذلك بأن يصبح الدائن المرتهن مفضلا على غيره من الدائنين العاديين ، وعلى غيره من الدائنين غير العاديين التاليين له في مرتبة القيد ، كما أن للدائن المرتهن بمقتضى ذلك أن يتتبع العقار المرهون تحت أي يد يذهب إليها .

ويلاحظ أن الرهن الرسمي يبقى في حالة من السكون النسبي إلى أن يحل أجل الدين ، فان أوفى المدين بما في ذمته كان بها ، وانقضى الرهن بحسبانه التزاما تابعا بانقضاء الدين المضمون . وفي هذه الحالة لا تتجاوز آثار الرهن علاقة الراهن بالمرتهن .

أما إذا تقاعس المدين عن الوفاء فان للدائن أن يشرع في اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ملتزما بما فرضه القانون من قواعد وضوابط وصولا إلى استيفاء حقه من ثمن العقار . وفي هذه المرحلة الثانية يصبح واضحا اثر القيد في نفاذ الرهن في مواجهة الدائنين العاديين ، والدائنين التاليين في مرتبة القيد ، وكذلك في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون (الحائز) .

وعلى هذا النحو السابق فإننا سنخصص مبحثا أول لآثار الرهن بين طرفيه ، ثم نخصص المبحث الثاني لآثار الرهن بالنسبة للغير ، ونخصص المبحث الثالث لأحكام التقدم والتتبع .

المبحث الأول

آثار الرهن فيما بين الطرفين

يرتب عقد الرهن التزامين رئيسيين على عاتق المدين ، وهما الالتزام بإنشاء الرهن أي إنشاء الحق العيني التبعي على العقار المرهون ، ثم الالتزام بضمان سلامة الرهن .

وفضلا عن ذلك فان الرهن لا يُخرج المال من ذمة الراهن ، وبناء عليه تبقى للراهن حقوق ملكيته وما تخوله من مكنات وسلطات ، ولكن في حدود تستهدف حماية مصلحة الدائن المرتهن . كما أن الرهن يخول الدائن سلطات في حدود معينة .

ونعرض فيما يلي للأمور الثلاثة السابقة في ثلاثة مطالب مستقلة . نخصص الأول منها لالتزامات الراهن ، ونخصص الثاني لسلطات الراهن على العقار المرهون ، ونخصص الثالث لسلطات الدائن المرتهن .

المطلب الأول

التزامات الراهن

<u>البند الأول : التزام الراهن بإنشاء الرهن</u>

يلتزم الراهن بمقتضى عقد الرهن بإنشاء حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن على العقار موضوع الاتفاق . ويذهب رأي في الفقه إلى أن هذا الالتزام يتم تنفيذه تلقائيا بمجرد العقد مادام الراهن مالكا للعقار المرهون ، وذلك إعمالا لحكم المادة 20 من القانون المدني التي تنص على " أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " . ونظرا لان الرهن الرسمي – كحق عيني تبعي – لا يخضع بالتسجيل (حيث يخضع للقيد فقط بالنسبة لأثره في حق الغير) كان عقد الرهن ينشئ في ذاته الحق العيني التبعي بمجرد إنشائه[1] .

---

(1) السنهوري ، رقم 169 .

والدليل على صحة هذا القول انه إذا بيع العقار المرهون قبل القيد فان الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون بوصفه دائنا مرتهنا وليس بوصفه مجرد دائن عادي . وهو ما يظهر بوضوح حينما يكون الراهن غير المدين (الكفيل العيني) . ففي هذه الحالة ليس للدائن المرتهن إلا أن ينفذ على المال المرهون وبصفته دائنا مرتهنا ، ولا يستطيع أن ينفذ على أي مال آخر للراهن ، لان الكفيل العيني تتحدد مسئوليته بالمال المرهون دون غيره من أموال الضمان العام . (م 1050 من القانون المدني)

وقد ذهب رأي آخر إلى أن المصدر الحقيقي للرهن هو واقعة القيد ، أما عقد الرهن فلا يرتب الحق العيني التبعي ، بما يستتبعه من حق التقدم والتتبع ، فمناط التقدم والتتبع هو القيد ، وبغيرهما لا فائدة من وجود الرهن[1].

والرأي الأول هو الأرجح في الفقه ، خاصة وان ما آثاره الرأي الثاني من خلاف ليس له اثر عملي[2] .

البند الثاني : " التزام الراهن بضمان سلامة الرهن " :

نصت المادة 1047 من القانون المدني على أن : " يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شانه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وان يرجع على الراهن بما ينفقه في ذلك .

وأول ما يقتضيه هذا الالتزام هو وجوب امتناع الراهن عن أي تعرض شخصي ، سواء كان ماديا أو قانونيا ، سلبيا أو ايجابيا ، مما قد يؤدي إلى إضعاف التامين .

ومن قبيل التعرض الشخصي القانوني أن يقوم الراهن بترتيب أي حق على العقار ثم يقوم بشهره قبل قيد الرهن . ففي هذه الحالة يكون قد فوت على الدائن المصلحة الأساسية من الحق العيني التبعي .

كذلك الحال لو قام ببيع المنقولات الملحقة بالعقار المرهون ما يدخل في وعاء الرهن إلى مشتري حسن النية يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند

---

(1) شفيق شحاتة ، رقم 32

(2) منصور مصطفى منصور ، رقم 31 .

الحائز فيتملكها غير مثقلة بالرهن . ومن قبيل ذلك المواشي والمعدات والآلات المرصودة على خدمة العقار المرهون . كذلك بيع الأنقاض الناتجة عن هدم جزء من محل الرهن .

ومن صور التعرض المادي أن يقوم الراهن بهدم جزء من العقار ، أو بتجريف الأرض الزراعية المرهونة مما ينتقص من قيمتها ، أو أن يأتي أي عمل من شانه تخريب العقار المرهون بصفة عامة ، كأن ينزع الأبواب أو النوافذ أو المفروشات . كما يدخل في نطاق مسئولية الراهن أن يترك الغير يخرب العقار ماديا ، بان يتخذ موقفا سلبيا متقاعسا .

ففي جميع هذه الحالات يؤدي مسلك المدين إلى إنقاص الضمان إنقاصا كبيرا . أما إذا كان الإنقاص مما يمكن التسامح فيه ، أي لا يهدد جديا مصالح الدائن ، فلا مسئولية على المدين ولا يجوز للدائن أن يعترض أو يتدخل لصيانة المال المرهون . والهدف من هذا التحديد الأخير هو منع الدائن المرتهن من أن يتدخل لضمان سلامة الرهن بما يرهق المدين ويحمله بالعنت الزائد من وراء هذا التدخل .

أما بالنسبة للتعرض الصادر من الغير فان من مقتضى الالتزام بالضمان التزام الراهن بدفع كل ادعاء من جانب الغير إذا كان من شان هذا الادعاء المساس بمصالح الدائن المرتهن ، كادعاء الغير انه هو – دون الراهن – مالك العقار المرهون ، أو انه صاحب حق عيني تبعي (رهن) سابق في قيده على حق الدائن المرتهن ، أو أن له ارتفاقا على العقار المرهون ينقص من القيمة ، ولم يكن في حسبان الدائن المرتهن ، أو أن هذا الغير مالك للمنقولات القائمة في العقار والتي دخلت في وعاء الرهن بوصفها عقارا بالتخصيص .

ففي جميع هذه الحالات يتعين على الراهن أن يدفع التعرض الصادر من الغير ، بحيث يتحقق الهدف وهو ضمان سلامة الرهن . وإذا اخل الراهن بالالتزام السابق ، بحيث أدى التعرض سواء كان شخصيا أو من جانب الغير إلى إنقاص الضمان إنقاصا كبيرا فان للدائن المرتهن أن يطالب بإصلاح النقص لبقاء الرهن محققا لأغراضه ، بان يلزمه برد الشيء إلى حاله ، أو استبدال أشياء أخرى بالأشياء التي سبق نزعها أو تخريبها .

كما أن المشرع قد خول الدائن في المادة 1047 سلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية في حالة الاستعجال ضمانا لعدم تدهور العقار المرهون وتوصلا إلى الحفاظ عليه ، كأن يطلب تعيين حارس أو أن يستأذن القضاء المستعجل في إجراء الترميمات العاجلة واللازمة ، على نفقة الراهن .

حكم هلاك العقار المرهون أو تلفه :

نصت المادة 1048 من القانون المدني على انه :

1- " إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار أو تلفه كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضي تأمينا كافيا أو أن يستوفي حقه فورا "

2- " فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشا عن سبب أجنبي ، ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تامين ، كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفي بالدين فورا قبل حلول الأجل . وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول اجل الدين"

3- " وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شانها أن تعرض العقار المرهون للهلاك ، أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر .

وواضح أن النص السابق يتعرض لحالة هلاك العقار المرهون ، أو تلفه ، بما لا يفي معه بالهدف المقصود وهو الضمان . ففي هذه الحالة لا مناص من الخيار بين أمرين : أما أن يقوم المدين بتقديم تامين كاف ، وأما سقوط اجل الدين ووجوب الوفاء به فورا .

غير أن تبني احد الخيارين يتوقف على سبب الهلاك أو التلف وهل هو خطا الراهن أم انه بسبب أجنبي عنه :

فإذا كان سبب الهلاك هو خطأ الراهن ، فان الاختيار ينعقد للدائن فله أن يطلب تأمينا كافيا أو أن يطلب استيفاء حقه حالا ، أي أن يتمسك بسقوط الأجل ، وإذا لم يكن للدين فوائد فان الدائن يختار بداهة استيفاء دينه فورا . وقد ورد هذا الحكم في الفقرة الأولى من المادة 1048 سالفة الذكر ، وهي تطبيق

خاص – في صدد الرهن الرسمي - لقاعدة عامة أوردها القانون المدني في المادة 2/273 حيث أعطت للدائن ذات الخيار السابق إذا اضعف المدين بفعله إلى حد كبير التامين الذي قدمه للدائن .

أما في الفرض الثاني ، إذا كان سبب الهلاك أو التلف أجنبيا ، فان المشرع قدر عدم مسئولية المدين ، ورتب على ذلك أن أعطى لهذا المدين ، غير المخطئ ، مكنة الاختيار بين الوفاء بالدين حالا – سقوط الأجل – أو أن يقدم تأمينا كافيا . (أيضا حكم المادة 2/273 مدني) [1] .

وإذا لم يصل الأمر إلى حد الهلاك أو التلف ، ولكن وقعت أعمال تهدد بالهلاك ، أو التلف ، فان الفقرة 3 من المادة 1048 مدني أعطت **للدائن مكنة الالتجاء إلى القضاء ليطلب وقف هذه الأعمال واتخاذ التدابير التي تمنع وقوع الضرر** . وهذا الحكم هو تطبيق لما سبق أن أوردته المادة 1047 ، غير أن هذه المادة الأخيرة تواجه الأعمال التي يأتيها المدين الراهن وتسبب نقص الضمان نقصا كبيرا في حين أن الفقرة 3 من المادة 1048 تواجه الفروض التي تحدث فيها أعمال تهدد الرهن ولو من جانب الغير ، أي لأسباب لا يد للراهن فيها .

وتطبق المادة 3/1048 في حالة مجرد التهديد بوقوع الهلاك أو التلف . فضلا عن أن هذه المادة تطبق أيضا حتى لو كان إنقاض لضمان قد ترتب على فعل ورد على عقار آخر غير العقار المرهون ، كما في حالة قيام جار بإقامة بناء على أرضه بما يضر بالعقار المرهون ، أو يهدد بالاعتداء على حق ارتفاق مقرر له .

حلول الحق الذي يترتب على الهلاك أو التلف محل العقار المرهون:

---

(1) في فروض نادرة قد يكون الهلاك بخطأ الدائن وفي هذه الحالة يلتزم الدائن بتعويض الراهن ، ويصبح ما يقدمه محلا للرهن بدلا من العقار . وهو فرض نادر لأن الحيازة في الرهن الرسمي تبقى للراهن .

يلاحظ أن المادة 1/1048 قامت على مفترض مبدئي وهو أن الهلاك أو التلف لم يتخلف عنه مال مستحق للراهن بدلا من العقار التالف أو الهالك ، أو ترتب عليه مال ولكنه أقل من قيمة العقار المرهون حيث يطبق خيار المادة 1048 والسابق عرضها .

أما إذا تخلف عن الهلاك التالف حق مالي يعادل قيمة العقار المرهون فلا مجال للمادة 1048 حيث يمكن أن يحل الحق المالي الذي تخلف عن الهلاك أو التلف محل العقار المرهون ، وهو ما نظمته المادة 1049 من القانون المدني حيث جاء فيها :

" إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض ، أو مبلغ التامين ، أو الثمن الذي يتقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة "

ومن تطبيقات هذا الحكم أن يكون العقار المرهون مؤمنا عليه فيستحق مبلغ التامين نتيجة الهلاك أو التلف ، أو أن تنزع ملكيته مقابل التعويض الذي ينص عليه القانون ، أو أن يستحق للراهن تعويض قبل من تسبب في الهلاك أو التلف .

ففي جميع هذه الحالات " ينتقل الرهن إلى هذا البديل الأخير ، ويستوفي الدائن منه الدين بحسب مرتبته . وهذا مثل آخر للحلول العيني"[(1)].

ولكن هل تنفي ، هذه الحالة التي أوردتها المادة 1049 من القانون المدني الخيارات التي أوردتها المادة 1048 ؟

يمكن التوفيق بين المادتين 1048 و 1049 وذلك باعتبار أن مبلغ التعويض أو مبلغ التامين أو المقابل الآخر الذي يحل محل العقار الهالك أو التالف إنما هو تامين كاف يكون محلا لاختيار الدائن – في حالة الهلاك أو التلف بخطأ المدين – أو لاختيار المدين إذا كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي عن هذا المدين .

المطلب الثاني

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني .

سلطات الراهن على العقار المرهون

لا يؤثر الرهن الرسمي على أصل الحق الثابت للراهن على المال المملوك له والذي ورد عليه الرهن ، " حيث يبقى مالكا ويستمر حائزا "
وبمقتضى ملكية الراهن تكون له سلطة التصرف والاستغلال والاستعمال . ولا تتقيد سلطاته في هذا المجال إلا بالقيود الناشئة عن التزامه بضمان سلامة الرهن على نحو ما سبق ذكره .

وتبقى حدود سلطات الراهن ، على هذا النحو المذكور ، إلى أن يحل أجل الدين ويتقاعس عن الوفاء به ، فيشرع الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار . وتتقيد سلطات المالك على نحو أكثر وضوحا بدءً من تسجيل تنبيه نزع الملكية .

ونعرض فيما يلي لسلطات الراهن وحقوقه وما يحيط بهما من تحديدات . فنعرض لسلطة التصرف ، ثم سلطة الاستغلال والاستعمال .

البند الأول

سلطة الراهن في التصرف

نصت المادة 1043 من القانون المدني على انه : " يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون وأي تصرف منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن "

والنص يقرر مبدأ سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون وفي نفس الوقت يحد من هذا التصرف بعدم التأثير على حقوق الدائن المرتهن .

وحقيقة الوضع في هذا الشأن انه يرتبط بالتزام الراهن بضمان سلامة الراهن . فكما سبق العرض لا يجوز للراهن أن يأتي أية أعمال مادية تنقص من قيمة العقار . أما بالنسبة للتصرفات القانونية ، سواء وردت على العقار أو على احد ملحقاته الداخلة في وعاء الرهن ، فإن حكمها قبل قيد الرهن أنها إخلال بالالتزام بضمان سلامة العقار المرهون ، وللدائن المرتهن أن يعترض عليها . أما إذا جاءت هذه التصرفات القانونية بعد القيد فلا أهمية لها بالنسبة للدائن حيث أنها لا تنفذ في حقه ، **ذلك أن للراهن أن " يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه ، ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن إذا قيد قبل تسجيل البيع أو**

المقايضة أو الهبة . كذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن . ولهذا الأخير أن ينفذ على العقار خاليا من هذه الحقوق . ويستطيع الراهن أخيرا أن يرتب على العقار حق اختصاص ، بل يجوز أن يرتب على العقار حق امتياز كما لو دخل في أعيان قسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم ، ولكن حق الدائن المرتهن الأول يتقدم على كافة هذه الحقوق[1] "

وخلاصة هذا القول أن أي تصرف في العقار بعد قيد الرهن هو تصرف صحيح غير انه لا ينفذ في حق الدائن المرتهن .

ومع ذلك فقد ثار التساؤل حول حق الراهن في بيع العقار المرهون على أجزاء إلى مشترين متعددين . ذلك أن مثل هذا العمل يضر بمصالح الدائن حيث يجبره على مقاضاة المشترين المتعددين ، بما قد يفهم معه أن مثل هذا الوضع يمثل إضعافا للتأمينات يؤدي – إذا شاء الدائن – إلى سقوط الأجل واستحقاق الدين فورا .

ويذهب رأي غالب في الفقه إلى أن البيع على أجزاء لمشترين متعديين لا يمثل في ذاته إضعافا للتامين ، ذلك أن الراهن يمارس بالبيع في مثل هذه الحالة سلطته المستندة إلى صحيح حكم القانون ، ولا معنى لعقابه بإسقاط الأجل . ومع ذلك فإذا تبين القاضي في ظروف معينة أن ملابسات الحال تجعل من التجزئة ، وتعدد المشترين ، إضعافا للتامين ، جاز له أن يسقط الأجل ، وهو يوازن ، في هذا المقام ، بين ممارسة الراهن لمكنة التصرف وبين ما يلحق الدائن من ضرر[2] .

ويلاحظ أن حرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون هي مسالة متعلقة بالنظام العام . فإذا اشترط الدائن عدم التصرف في العقار المرهون حتى يتفادى تتبع العقار تحت يد المتصرف إليه . فان مثل هذا الشرط يقع باطلا بطلانا مطلقا[3] .

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني .

(2) راجع في الموضوع : منصور مصطفى منصور ، رقم 33 ص 86 . والسنهوري رقم 174

(3) منصور مصطفى منصور ، السابق ، ص 87

البند الثاني

سلطة الراهن في استغلال العقار المرهون

تضمنت هذا الموضوع المواد 1044 و 1045 و 1046 من القانون المدني حيث عرضت المادة الأولى لحق الراهن في الإدارة وقبض الثمار ، وتعرضت الثانية لحقه في إيجار العقار ونفاذه ، وتعرضت المادة الثالثة لقبض الأجرة والحوالة بها ونفاذ ذلك في حق الدائن ، ونعرض لكل من هذه المسائل الثلاث على حدة :

<u>أولا : حقوق الراهن في إدارة العقار وقبض الثمار :</u>

نصت المادة 1044 مدني على أن : " للراهن الحق في إدارة العقار المرهون ، وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار" .

ويضع هذا النص مبدأ سلطة الإدارة ، ومن مقتضاها أن الراهن يستقل بها ، حيث يجوز له أن يختار وجه الاستغلال المناسب للعقار المرهون ، فللراهن أن يحول الأرض الزراعية إلى ارض حدائق ، أو إلى ارض للمصانع ، أو أن يقيم عليها مبان لأغراض تجارية أو سكنية . وفي الجملة له الحرية في تحديد وجه الاستغلال . ولا يتقيد في هذه الحرية إلا بالقيد العام في عدم الإضرار بالمال المرهون ، وإلا اعتبر ذلك إضعافا للتامين يستوجب المسئولية على نحو ما سبق بيانه .

ومن مقتضيات سلطة الاستغلال أن يقبض الراهن ثمار العقار المرهون ، غير أن هذه المكنة محددة زمنيا بحلول اجل معين هو تاريخ تنبيه نزع الملكية ، فمنذ هذا التاريخ تصبح الثمار ملحقة بالعقار المرهون : " يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ، ويجري في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار " (المادة 1037 مدني)

<u>ثانيا : حق الراهن في إيجار العقار المرهون ونفاذ الإيجار في حق الدائن المرتهن :</u>

نصت المادة 1045 مدني على انه :

" (1) الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت

التاريخ على هذا الوجه ، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة ، فلا يكون نافذا إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة "

" (2) وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات ، فلا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن "

ويلاحظ أن هذا النص السابق يضع ثلاثة قواعد لحكم إيجار الراهن ونفاذه في حق الدائن المرتهن .

القاعدة الأولى : أن الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ أساسا إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . ولكن هذا الإيجار قد يكون ثابت التاريخ ومع ذلك يثبت انه ابرم إضرارا بالدائن المرتهن وباجرة بخسة ، وإذا ثبت ذلك جاز للراهن أن يطلب رفع الأجرة إلى الحد المناسب أو أن يتمسك – رغم ثبوت التاريخ – بعدم السريان على أساس أن الإيجار وقد ابرم غشا تعين رد غرض الراهن عليه ، فلا ينفذ في حق الدائن المرتهن(1) .

القاعدة الثانية : أن الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبه نزع الملكية لا ينفذ في حق الدائن المرتهن كقاعدة عامة على نحو ما سبق ، ولكنه ينفذ استثناء بشرطين :

1- إذا أمكن اعتباره من أعمال الإدارة الحسنة بمعنى أن يكون محدود المدة ، بحيث لا يتجاوز مدته سنة واحدة في المباني وثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ، وان يكون قد ابرم باجرة المثل . ويلاحظ أن منطق القيود الزمنية المذكورة لم يكن متصورا في ظل القوانين الخاصة بالإسكان والإصلاح الزراعي ، الملغاة أو المعدلة ، إلا في حالات قليلة ، هي تلك التي كانت يخضع فيها الإيجار للقانون المدني ، ولا يخضع بالتالي لقاعدة الامتداد القانوني في القوانين الخاصة المشار إليها كحالة إيجار الأرض الفضاء ،

---

(1) السنهوري ، رقم 178 وما بعدها .

وإيجار المنشات التجارية والصناعية..... الخ . أما في غير هذه الحالات فلا مجال للحديث عن الإدارة الحسنة مع وجود قاعدة الامتداد القانوني[1] .

2- ألا تكون الأجرة قد عجلت إلا في الحدود المألوفة . وهو شرط يستهدف منع تحايل الراهن بقبض الأجرة مقدما على نحو غير مألوف ، بما قد يضر بمصلحة الدائن المرتهن .

القاعدة الثالثة : أن الإيجار ثابت التاريخ ينفذ في حق الدائن المرتهن على نحو ما سبق إيضاحه بشرط إلا تزيد مدته عن تسع سنوات[2] .

ولا يسري فيما يجاوز التسع سنوات إلا إذا كان مسجلا .

فقد قرر المشرع أن الإيجار الذي تزيد مدته عن تسع سنوات يثقل العقار بما ينتقص من قيمته الاقتصادية ، لذلك فرض لنفاذه ، فيما يجاوز التسع سنوات شرط التسجيل وليس مجرد إثبات التاريخ . بل أن المشرع اشترط أن يكون عقد الإيجار مسجلا قبل قيد الرهن ، وليس قبل تسجيل نزع الملكية.

فان لم يكن عقد الإيجار مسجلا قبل قيد الرهن فانه يسري لمدة تسع سنوات فقط بشرط أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . وتحسب المدة من تاريخ العقد في جميع الحالات .

<u>ثالثا : حق الراهن فى قبض الأجرة وحوالتها ونفاذ ذلك فى حق الدائن المرتهن :</u>

نصت المادة 1046 من القانون المدني على انه :

---

(1) تم إلغاء الامتداد القانوني في إيجار الأراضي الزراعية بالقانون رقم 26 لسنة 1992. وفي الأماكن السكنية صدر القانون رقم 4 لسنة 1996 بتطبيق القانون المدني على عقود الإيجار الجديدة التي تبرم اعتبار من سريانه اعتبارا من 31 يناير 1996 ، وبالنسبة للأماكن المؤجرة لغير السكني صدر القانون رقم 6 لسنة 1996 لكي يحد من الامتداد القانوني في حالة الوفاة ويقصرها على أقارب الدرجة الثانية ولمرة واحدة.

(2) راجع المادة 11 من قانون الشهر العقاري التي توجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا ازدادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ويترتب على عدم تسجيلها عدم نفاذها في حق الغير فيما يجاوز المدد المذكورة .

" (1) لا تكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة تزيد عن ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل نزع الملكية "

" (2) أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد في الفقرة السابقة .

وللراهن حق إدارة العقار واستغلاله ، كما سبق القول ، ومن مقتضى ذلك حقه في قبض الأجرة والثمار ، ولكن في حدود معينة رسمها المشرع لعدم الإضرار بالدائن المرتهن . وقد نظم المشرع أمر قبض الأجرة والحوالة بها من هذا المنطلق السابق في المادة 1046 مدني والمادة 11 من قانون الشهر العقاري والمادة 409 من قانون المرافعات .

وتنتهي هذه المواد إلى التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : أن تكون المخالصة بالأجرة أو حوالتها مقدما عن مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وفي هذه الحالة تنفذ في حق الدائن المرتهن إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

أما إذا تخلف شرط ثبوت التاريخ فان قبض الأجرة مقدما أو حوالتها لا تنفذ إلا في حدود مدة الإدارة الحسنة . ويلاحظ أن ثبوت التاريخ ، لا يجدي الراهن إذا ثبت العكس في قبض الأجرة أو حوالتها .

الفرض الثاني : إذا كانت المخالصة أو الحوالة عن مدة تزيد عن الثلاث سنوات فإنها لا تسري في حق الدائن إلا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن .

فان لم تكن كذلك فلا تنفذ إلا في حدود الثلاث سنوات بشرط ثبوت التاريخ قبل تسجيل نزع الملكية[1] .

---

(1) يلاحظ أن بيع الثمار قبل جنيها يأخذ حكم تعجيل الأجرة فلا ينفذ إلا إذا كان البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل نزع الملكية وبشرط انتقاء التواطؤ ، وإلا جاز للدائن المرتهن أن يستبقيها وينفذ عليها .

البند الثالث

حق الراهن في استعمال العقار المرهون

اشرنا فيما سبق إلى أن للراهن سلطة إدارة العقار المرهون واستغلاله.

فالرهن لا ينتقص من الملكية . لذلك فانه من الطبيعي أن يستبقى الراهن مكنة الاستعمال ، بل أن هذه المكنة تبقى له من باب أولى .

وبناء على هذا الأساس فان للراهن مثلا أن يسكن العقار المرهون أن كان دارا مخصصا للسكنى . وهكذا له أن يستعمل العقار بما يتفق مع طبيعته والغرض المخصص له .

غير أن على الراهن أن يلتزم في استعماله حدود المحافظة على المال المرهون ، فلا يأتي من الأعمال ما ينتقص من قيمته على النحو السابق بيانه ، وإلا كان للدائن أن يعترض على أوجه الاستعمال الضارة وله أن يطلب اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة ، كما أن له أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة ، وقد سبق بيان كل ذلك .

المطلب الثالث

سلطات الدائن المرتهن

للدائن المرتهن أن ينفذ على المال المرهون عند حلول اجل الدين دون الوفاء به ، كما أن له أن ينفذ على غير العقار المرهون بما له من حق الضمان العام على ذمة مدينه . وعند التنفيذ يتعين إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات . غير أن الراهن قد يكون كفيلا عينيا (أي غير المدين) وفي هذه الحالة تقتصر سلطة الدائن المرتهن على العقار المرهون دون غيره من أموال الضمان العام .

ومن ناحية أخرى فان سلوك الدائن طريق التنفيذ على العقار المرهون مقيد ببعض المحاذير ، هي عدم جواز اشتراط أن يتملك الدائن العقار المرهون عند عدم الوفاء ، فضلا عن بطلان شرط البيع دون إتباع الإجراءات القانونية .

ونعرض للمسائل السابقة كل على حدة : حق الدائن في التنفيذ على عقار المدين المرتهن ، التنفيذ على الكفيل العيني ، بطلان شرط تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون عند عدم الوفاء أو شرط البيع بغير إجراءات.

البند الأول

حق الدائن في التنفيذ على أموال المدين الراهن

نصت المادة 1/1051 من القانون المدني على أن : " للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ، ويطلب بيعه في المواعيد ووفقا للأوضاع المقررة في قانون المرافعات "

وعلى هذا النحو فان للدائن ، إذا لم يستوف حقه في الأجل المحدد، أن يعلن المدين بالتنبيه بنزع الملكية ملتزما بالقواعد الواردة في قانون المرافعات . وتنتهي هذه الإجراءات ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني ، ثم يستوفي الدائن دينه من الثمن متقدما على غيره بحسب مرتبته .

ويتم كل ذلك بموجب عقد الرهن ذاته ، فهو محرر في ورقة رسمية لها قوة السند التنفيذي ، وبالتالي لا حاجة بالمدين إلى استصدار حكم قضائي بدينه . ولكن للدائن صفة أخرى ، غير صفته كدائن مرتهن ، وهي صفته كدائن عادي . فالرهن لا يفقده – في مواجهة المدين – هذه الصفة الأصلية . وبمقتضى هذه الصفة للدائن أيضا حق الضمان العام على كافة أموال المدين ، وله أن يتخذ إجراءات التنفيذ العادية على أي عقار أو منقول مملوك للمدين وان يزاحم الدائنين العاديين ، وهو يجري هذا التنفيذ بموجب عقد الرهن ذاته كسند رسمي له صفة السند التنفيذي بحكم إثباته للدين المطلوب .

ولكن الدائن المرتهن عندما يمثل كدائن عادي يلتزم ، من ناحية ، في التنفيذ على العقارات ، ألا ينفذ على عقار أو عقارات تتجاوز قيمتها قدر دينه إلى درجة كبيرة . ومن ناحية أخرى يتقيد حق الدائن المرتهن بالتنفيذ بمقتضى حق الضمان العام ، على غير العقارات المرهونة ، بأن يكون العقار المرهون غير كاف للوفاء بدينه .

البند الثاني

التنفيذ ضد الكفيل العيني

نصت المادة 1050 مدني على انه إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن من هذه الأموال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقتضي بغير ذلك .

ونصت الفقرة الثانية من المادة 1051 على انه : " إذا كان الراهن شخصيا آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه ، إذا هو تخلي عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخليه للعقار .

وعلى هذا النحو فان هناك قاعدتين تحكمان التنفيذ الموجه ضد الكفيل العيني :

القاعدة الأولى : أن مسئولية الكفيل العيني عن الدين تنحصر في العقار المرهون فقط ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتعداه إلى غيره من أموال الكفيل . والكفالة العينية لا تمنع الدائن بطبيعة الحال من أن ينفذ على أموال المدين الداخلة في ضمانة العام ، أو أن ينفذ على عقار للمدين يكون مرهونا إلى جانب عقار الكفيل العيني .

وعلى خلاف الكفيل الشخصي فان الكفيل العيني لا يجوز له أن يدفع بتجريد المدين من أمواله إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك .

وعند قيام الدائن بالتنفيذ فان له الحق في أن يبدأ بالتنفيذ على الاثنين (المدين والكفيل العيني) في وقت واحد .

القاعدة الثانية : وهي تلك المقررة بالمادة 1050 مدني والتي تجيز للكفيل العيني أن يتخلى عن العقار المرهون حتى يتفادى أن تتخذ إجراءات التنفيذ في مواجهته . وتكون التخلية وفقا للمادة 1071 مدني التي تنص على أن تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ويجب أن يطلب التأشير بذلك في " هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية " ، وان يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها . ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب

إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية . ويعين الحائز حارسا إذا طلب ذلك .

وبعد إتمام إجراءات البيع يستوفي الدائن حقه من الثمن الذي يرسو به المزاد ، فإذا تبقى منه قدر آل إلى الكفيل بصفته كان مالكا للعقار المبيع.

البند الثالث

بطلان شرط تملك الدائن العقار المرهون أو البيع بغير إجراءات :

قد يتم الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يتملك الأول العقار المرهون عند حلول اجل الدين ، دون الوفاء به ، سواء في مقابل قيمة الدين أو بالإضافة إلى مقابل آخر . وقد يتفق أيضا على شرط الطريق الممهد ، أي شرط البيع دون أتباع الإجراءات القانونية ، بأن يتفق الدائن والمدين مثلا على البيع بالممارسة .

وقد واجهت المادة 1052 هذين الخطرين : " يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان أو في بيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن .

ويقع الشرط باطلا سواء تم إدراجه في عقد الرهن ذاته أم في اتفاق لاحق . **والحالة الوحيدة التي يمكن فيها إجازة هذه الاتفاقات هي حالة الاتفاق عليها " بعد حلول اجل الدين "** . ففي هذا الموقف تكون مظنة الضعف غير قائمة وكذلك شبهة استغلال الدائن للمدين . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 1052 مدني على ذلك حيث جاء فيها : " ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه " كما يجوز قياسا على ذلك أن يبيع المدين العقار المرهون للدائن بالثمن الذي يتفق عليه .

أما بالنسبة للبيع بدون إجراءات فمن الممكن تجويزه قياسا على ما سبق إذا كان الاتفاق على ذلك أيضا بعد حلول أجل الدين أو قسط منه ، استنادا إلى ذات المنطق السابق ، خاصة وأن المدين قد تكون له مصلحة في تجنب إجراءات البيع بالمزاد بما تحمله معها من مصروفات وإجراءات .

المبحث الثاني

اثر الرهن بالنسبة للغير

يتعين إشهار الرهن حتى يمكن أن يكون له اثر بالنسبة للغير.

فالرهن لا يكون نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد ، أو الحكم المثبت للرهن ، قبل أن يكتسب هذا الغير حقا عينيا عقاريا على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس " (م 1/1053) " لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي" م 2/1053.

والمقصود بالغير في هذا المقام هو كل من يتعامل على العقار تعاملا عينيا عقاريا بحيث يلحق به ضرر من جراء الرهن الرسمي ويمكن أن يتقدم عليه الدائن المرتهن . وعلى هذا النحو فان الغير يشمل :

1- أصحاب الحقوق العينية التبعية كدائن مرتهن رهنا رسميا آخر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، وصاحب حق الاختصاص ، والحقوق الممتازة .

2- الدائن العادي حيث أن وجود الرهن الرسمي يضر بمصلحته لأنه يجعل الدائن المرتهن متقدما على غيره من الدائنين . ومن مصلحة الدائن العادي إذن ألا يكون عقار المدين مثقلا بالرهن ، بحيث يدخل هذا العقار في الضمان العام ويتساوى بالتالي في شان قسمة ثمنه الدائنون العاديون جميعا .

3- وكذلك **كل من اكتسب على العقار حقا عينيا أصليا** ، كمن انتقلت إليه ملكية العقار المرهون ، أو صاحب حق الانتفاع ، أو مالك الرقبة .

ففي جميع هذه الحالات يكون من شان الرهن الرسمي المتقدم المرتبة إهدار مصالح أي من الفئات السابقة ومفاجأتهم بما يستنفد قيمة العقار جميعه أو أغلب هذه القيمة . لذلك كان لزاما أن يكون القيد هو وسيلة العلانية بالنسبة لهم

بحيث يعلم الكافة ، قبل التعامل على العقار ، بما يثقله من حقوق عينية أصلية أو تبعية ، ثم تتحدد الأفضلية بحسب تاريخ تلك العلانية (أي الشهر) .

وقد أوردت المادة 12 من قانون الشهر العقاري تطبيقا خاصا للمضمون السابق حيث نصت على أن : " جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق القيد ويترتب على عدم القيد أن لا تكون حجة على الغير "

ويلاحظ أن المتعاقدين (الراهن والمرتهن) ، كما هو واضح مما سبق ، لا شان لآثار الرهن بينهما بالقيد ، فالرهن ينشا بينهما ، منتجا لآثاره في حقهما من عقد الرهن ذاته وقد سبق بيان ذلك .

ومن ناحية أخرى فان إجراء القيد ، بالنسبة لإنتاج الرهن أثره في حق الغير ، هو أمر ضروري ولا بديل عنه ، وبمعنى آخر فان علم الغير الفعلي بأسبقية الرهن الرسمي غير المقيد لا يقوم بديلا عن القيد في حق هذا الغير ، حتى ولو كان علما يقينيا .

وإذا تم القيد تحددت مرتبة الدائن المرتهن ، في مواجهة الغير، بتاريخ هذا القيد ، وأمكنه بالتالي أن يمارس سلطتي الأفضلية والتتبع على العقار المرهون ، والعكس بالعكس صحيح .

وقد أضاف المشرع استكمالا لأحكام تتابع الحقوق على العقار الواحد ، وتنظيما لحقوق المتزاحمين عليه ، مع توافر القيد ، حكما يقضي بأنه إذا حل محل الدائن المرتهن شخص آخر ، بحكم القانون أو بحكم الاتفاق ، أو إذا تنازل الدائن المرتهن عن مرتبته إلى دائن مرتهن آخر تال في المرتبة ، أو إلى دائن عادي ، تعين ، في جميع هذه الحالات ، أن يؤشر بما حدث في هامش القيد الأصلي (م 2/1053 مدني ، وراجع مادة 19 من قانون الشهر العقاري) .

ومفاد ما سبق أن المستفيد من احد الصور السابق ذكرها له مصلحة مؤكدة في التعجيل بالتأشير المشار إليه حتى يستطيع أن يتمسك بحلوله محل الدائن المرتهن الأصلي ، في مواجهة الغير .

ونعرض فيما يلي للتنظيم القانوني للقيد بحسبانه إجراء غاية في الأهمية ، على النحو السابق ، ثم نعرض بعد ذلك لممارسة الدائن المرتهن لسلطتي الأفضلية والتتبع في مواجهة الغير .

المطلب الأول

التنظيم القانون للقيد

أحال القانون المدني في المادة 1054 منه على قانون تنظيم الشهر العقاري في شان " إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك بالأحكام الواردة بقانون الشهر العقاري " . ولم يرد في القانون المدني في شأن القيد سوى أن مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك " م 1055 مدني وعلى ذلك فإذا اضطر الدائن المرتهن إلى إنفاق شيء من المصروفات المشار إليها ، ولم يكن هناك اتفاق في شأنها بينه وبين الراهن ، جاز له أن يرجع بها عليه

البند الأول

إجراءات القيد

المرحلة الأولى : تبدأ إجراءات القيد بطلب يقدم من الدائن المرتهن أو من الراهن (ويقدم غالبا من الدائن المرتهن بوصفه صاحب المصلحة في التعجيل بالقيد) إلى مأمورية الشهر التابع لها العقار المرهون . وإذا كانت العقارات ، أو العقار المرهون داخلا في اختصاص أكثر من مأمورية وجب إجراء القيد في مكتب كل منها ، كل حسب ما يدخل في اختصاصه (م 5 من قانون الشهر العقاري) [1] .

وقد نصت المادة 22 من قانون الشهر العقاري على وجوب أن يتضمن الطلب البيانات الآتية : (1) بيانات شخصية طرفي الرهن الاسم والسن واللقب والجنسية ومحل الإقامة (2) صفة مقدم الطلب إن كان نائبا أو وكيلا (3) البيانات المتعلقة بتخصيص العقار من حيث الموقع والمساحة والحدود والناحية ، والحوض إن كانت أرض زراعية ، ورقم القطعة والمربع بالمدينة والقسم والشارع والرقم (4) موضوع المحرر وهو الرهن وبيان الدين المضمون وتحديده (5) البيانات الخاصة بأصل حق ملكية الراهن بما فيها اسم المالك السابق وكيف آلت الملكية للراهن ورقم شهر سند ملكيته إن كان مسجلا (6) بيان الحقوق العينية المقررة على العقار المرهون خاصة حقوق الارتفاق .

---

(1) ولا يكون للشهر الذي يتم في احد هذه المأموريات أثره إلا بالنسبة للعقار الذي يقع في دائرة اختصاصه .

وأخيرا يتعين إرفاق المستندات الخاصة بصفة طالب القيد – وكيل أو نائب – وسند ملكية الراهن .

وبعد ذلك تقوم المأمورية بقيد الطلب بالتاريخ والساعة في السجل المعد لذلك ، وبعد فحصه من الناحية القانونية تحيله إلى الإدارة الهندسية للتحقق من صحة البيانات المساحية الخاصة بالعقار من حيث الموقع والمساحة والحدود . فإذا انتهت هذه المهلة بغير مشكلة تم التأشير على الطلب بالصلاحية للشهر .

ثم يتسلم الطالب الصلاحية للشهر ويقوم بتحرير مشروع عقد الرهن ذاته متضمنا البيانات الواردة في الطلب المؤشر عليه بالصلاحية ، ويقدم المشروع إلى المأمورية التي تتولى إثباته في سجل معد لذلك ، هو سجل أسبقية المشروعات المقدمة . وبعد التحقق من صحة البيانات الواردة يؤشر على المشروع بصلاحيته للشهر أيضا .

وبذلك تنتهي المرحلة الأولى (التمهيدية) دون أن يتم القيد ذاته[1] .

وفي هذه المرحلة إذا قدم أكثر من طلب على عقار واحد وجب على المأمورية أن ترتبها فيما بينها بحسب أسبقية تقديمها .

المرحلة الثانية : وهي المرحلة النهائية[2] التي يتم فيها إجراء للقيد .

وفي هذه المرحلة يقدم صاحب الشأن مشروع عقد الرهن المؤشر عليه بالصلاحية مرفقا به قائمة القيد ، وهي قائمة يجب أن تقدم مشتملة على بيانات معينة أوردتها المادة 30 من قانون الشهر العقاري .

وهذه البيانات هي :

1- اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل إقامته ، على أن يعين لنفسه موطنا مختارا في دائرة المحكمة وإلا صح إعلانه في قلم كتاب المحكمة .

---

(1) قد يتوفى الراهن قبل تمام القيد وفي هذه الحالة يجوز الاستمرار في القيد رغم الوفاة ، ولصاحب الشأن أن يطلب القيد ضد الورثة .

(2) أوجبت اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري تحرير قائمة القيد على ورق خاص مدموغ ، يطلب من المأمورية ، وان يكتب بخط اسود .

2- اسم المدين أو المالك الذي رتب الرهن ، ولقبه وصناعته ومحل إقامته .

3- تاريخ السند المنشئ للرهن والجهة التي تم أمامها أو صدر منها (حكم قضائي مثلا)

4- مصدر الدين المضمون ومقداره كاملا وميعاد استحقاقه (تخصيص الدين)

5- تعيين العقار المرهون الذي ورد عليه الرهن تعيينا دقيقا (تخصيص العقار المرهون) .

6- في حالة الرهن الحيازي العقاري يقدم بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إذا نص عليه في العقد

ويلاحظ أن بعض هذه البيانات بيانات جوهرية يترتب على إغفالها بطلان القيد . ومن قبيل ذلك بيانات تخصيص العقار أو تخصيص الدين أو البيانات المتعلقة بتعين اسم الراهن . أما البعض الآخر فهو بيانات ثانوية قد لا يترتب على إغفالها أي اثر مثل إغفال تحديد محل مختار للدائن أو عدم ذكر رقم المنزل المرهون إن لم يكن للراهن عقار آخر في ذات الشارع أو عدم ذكر صناعة الراهن أو لقبه .

وقد نصت المادة 41 من قانون الشهر العقاري على انه : " لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر البيانات المنصوص عليها في المادة 30 بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير . ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها . وللمحكمة أن تبطل اثر القيد أو تنقص من أثره تبعا لطبيعة الضرر ومداه ". والحكم السابق يطبق قاعدة أن لا بطلان بغير ضرر وفي حدود هذا الضرر.

وقد أضافت المادة 42 من قانون الشهر العقاري تحديدا للجزاء الذي يترتب على الخطأ في ذكر مبلغ الدين في قائمة القيد حيث نصت على أن " يقتصر اثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المستحق أيهما اقل "

ومعنى ذلك أنه إذا كان مبلغ الدين المذكور في عقد الرهن اقل مما ذكر في قائمة القيد كانت العبرة بما ورد في العقد ، أما إذا كان المبلغ الوارد في

العقد أكثر مما ورد في قائمة القيد ، فان من حق الغير أن يتمسك بالمبلغ الأقل الوارد في القائمة .

وإذا تم استيفاء ما سبق يقوم الشهر العقاري بقيد القائمة في السجل المعد لذلك برقم متتابع بالتاريخ والساعة . ومنذ هذا التاريخ يعتبر الرهن مقيدا وينفذ في حق الغير منذ هذا التاريخ .

حالات ثلاث تؤدي إلى وقف القيد أو تمنع من نفاذه : تسجيل تنبيه نزع الملكية – الإفلاس – الإعسار :

الحالة الأولى : تسجيل تنبيه نزع الملكية .

تنص المادة 415 من قانون المرافعات على أن : " لا ينفذ تصرف المدين ، أو الحائز ، أو الكفيل العيني ، في العقار ، ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين، ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة 417 ، ولا من حكم بإيقاع البيع عليه ، إذا كان التصرف أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية "

ويواجه هذا النص الفرض الذي يكون فيه للراهن – سواء كان هو المدين أو الكفيل العيني – دائن آخر ، وان هذا الدائن الآخر شرع في التنفيذ على عقار الراهن وقام بتسجيل تنبيه نزع الملكية فعلا ، وفي ذات الوقت لم يكن الدائن المرتهن قد قيد رهنه . وقد حسم المشرع المفاضلة ضد مصلحة الدائن المرتهن ، فهذا الأخير لا يستطيع أن يقيد الرهن بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإن فعل كان القيد باطلا .

الحالة الثانية : حالة الإفلاس :

نصت المادة 598 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 على أنه يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات التالية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الافلاس :

كل رهن أو تامين اتفاقي آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على اموال المدين ضمانا لدين سابق على التامين .

كما نصت المادة 601 على : " 1- حقوق الرهن أو الامتياز المقررة على اموال المدين يجوز الحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع وبعد انقضاء ثلاثي يوما من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص "

2-ويأخذ الدائن صاحب الرهن أو الاختصاص الذي حكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين مرتبة هذا التأمين . ومع ذلك لا يعطي الدائن المذكور من الثمن الناتج من بيع المال المقرر عليه التأمين إلا ما كان يحصل عليه بغرض نفاذ الرهن أو الاختصاص السابق ، ويؤول الفرق إلى جماعة الدائنين(1) .

الحالة الثالثة : الإعسار :

يخضع المدين غير التاجر لنظام الإعسار الذي نظمه القانون المدني في المواد 249 وما بعدها .

وقد نصت المادة 257 مدني على انه : " متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين ، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد من التزاماته ، كما لا يسري في حقوقهم أي وفاء يقوم به المدين ".

ومن هذا النص يتبين أنه إذا ابرم عقد الرهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار فان هذا الرهن لا يسري في حق الدائنين ، وكذلك أي وفاء يقوم به .

غير أن السؤال قد ثار بالنسبة للحالة التي يكون فيها عقد الرهن قد أبرم قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ولكن القيد لم يتم إلا بعد هذا التسجيل ، فهل

---

(1) فإذا كان دين الدائن المرتهن الأول 5000 جنيه ودين الدائن المرتهن الثاني قدره 7000 جنيه ، وبيع العقار المرهون 10000 جنيه فان التوزيع يكون على النحو التالي : يأخذ الدائن المرتهن الثاني 5000 جنيه وذلك على فرض وجود الرهن الأول ويتبقى 5000 جنيه يؤول إلى جماعة الدائنين – أصول الإفلاس : مصطفى كمال طه – دار الفكر الجامعي سنة 2005 ص 128 و 129 .

يلاحظ أيضا ما نصت عليه المادة 604 من قانون التجارة من تقادم جميع الدعاوى الناشئة عن تطبيق المواد من 598 حتى 601 والمادة 603 من قانون التجارة بمضي سنتين من تاريخ صدور الحكم بالإفلاس .

ينفذ هذا القيد بالنسبة للدائنين السابقة حقوقهم على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ؟

ذهب رأي في الفقه إلى أن تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يمنع من القيد فان تم بعد هذا التاريخ فلا اثر له . وقد استند هذا الرأي إلى القياس على نص المادة 2/256 مدني والتي ذهبت إلى انه : " لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل "

ففي هذا الخصوص لا يختلف الرهن الرسمي عن حق الاختصاص لذلك تعين خضوعه لذات الحكم[1] .

غير أن رأيا آخر يذهب إلى أن تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يمنع من قيد الرهن الذي سبق إبرامه قبل هذا التسجيل وإنتاجه لأثره القانوني. ذلك أن الحكم الخاص بحق الاختصاص والذي أوردته المادة 256 مدني فقرة 2 ، قد قصد به المشرع المساواة بين دائني المعسر الذين يسارعون إلى إتباع إجراءات فردية للحصول على حقوق اختصاص على عقارات المدين ، فكان لزاما أن ينص المشرع على عدم الاحتجاج ، على الدائنين أصحاب الحقوق السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، بأي اختصاص يقع بعد تاريخ التسجيل المشار إليه .

أما بالنسبة للرهن الرسمي فان الفرض انه تم إبرامه قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار فلا مانع بالتالي من قيده بعد هذا التسجيل لان القيد ليس تصرفا من المدين حتى يقال بعدم نفاذه[2] .

والرأي الثاني اقرب إلى التفسير السليم للقانون ذلك أن الفقرة الثانية من المادة 256 إنما تعرض لأخذ اختصاص على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، والأمر يتعلق إذن بإنشاء حق عيني تبعي بعد هذا الوقت ، ولا يتعلق بالقيد بوصفه إجراء لاحقا .. وهو وضع يختلف عن وضع الدائن المرتهن حيث أن الفرض فيه أن إنشاء الرهن تم قبل تسجيل صحيفة

---

(1) من هذا الرأي ، شفيق شحاتة ، رقم 234 ، محمد كامل مرسي ، ص 147 .

(2) منصور مصطفى منصور ، السابق ، ص 109 ، والسنهوري ، السابق ، رقم 207

دعوى الإعسار ، وبقى الحديث عن القيد كإجراء لاحق ينفذ به الرهن في حق الغير . وبالتالي كان القياس في غير محله .

البند الثاني

تجديد القيد

لكي يبقى القيد قائما منتجا لأثره لابد أن يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه . وقد أوردت هذا الحكم المادة 43 من قانون الشهر العقاري : " يسقط القيد إذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه " . على أن للدائن أن يجري قيدا جديدا ، إذا أمكن ذلك قانونا ، تكون مرتبته من وقت إجرائه . وكل تجديد لا يكون له اثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذي أجرى فيه .

ويستهدف هذا الحكم تحقيق مصالح متعددة . فمن ناحية يكون من اليسير نسبيا على الغير التعرف على حالة العقار القانونية بالاكتفاء بفحص دفاتر القيد المتعلقة بعشر سنوات ماضية فقط .

ومن ناحية ثانية يخفف السقوط المشار إليه مهمة مكاتب الشهر العقاري التي لا تضطر إلى حفظ قوائم القيد إلى ما لا نهاية ، وحتى لا تتعرض لكثير من الخطأ في إعطاء معلومات للغير عن الحقوق العينية القائمة .

وأخيرا فان حماية الملكية العقارية تقتضي تطهيرها بقدر الإمكان مما يثقلها من أعباء . وقد يحدث أن يستوفي الدائن حقه دون أن يعني بشطب القيد . لذلك جاء نص المادة 43 السالفة الذكر ليسقط القيد ما لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه .

وإذا أهمل الدائن في إجراء التجديد في الموعد القانوني السابق سقط القيد ، وسقط معه حقه في الأفضلية والتتبع . غير أن الدائن يستطيع أن يجري ، بطبيعة الحال ، قيدا جديدا ، ولكن مرتبته في هذه الحالة تتحدد بالقيد الجديد فحسب .

ويلاحظ أن تجديد القيد واجب حتى أثناء السير في إجراءات نزع ملكية العقار المرهون (م 44 من قانون الشهر العقاري)

ويتم التجديد بطلب من صاحب الشأن[1] إلى ذات مكتب الشهر العقاري يذكر فيه البيانات الكافية عن القيد المراد تجديده[2] .

غير أن هناك حالتين لا يلزم فيهما التجديد :

الحالة الأولى : إذا استمر التنفيذ حتى بيع العقار المرهون قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر . غير أن المشتري الذي يرسو عليه المزاد قد يتخلف عن دفع الثمن ، وفي هذه الحالة تعاد إجراءات البيع على ذمة المشتري المتخلف وتسترد القيود والتسجيلات حالتها ، حتى لو كان قد مضى عليها أكثر من عشر سنوات ، إذ أن التجديد كان غير لازم قانونا بعد انقضاء ميعاده زيادة العشر .

الحالة الثانية : حالة انقضاء حق الرهن بتطهير العقار المرهون . وهو ما يتم إذا عرض الحائز مبلغا تقديرياً قبله الدائنون ، أو فوتوا ميعاد الاعتراض عليه ، ثم قام هذا الحائز بإيداع المبلغ خزانة المحكمة ، أو دفعه للدائنين المستحقين وفقا لمراتبهم .

البند الثالث

شطب القيد (المحو)

يستهدف القيد ، كما سبق جعل الرهن نافذا في حق الغير ، وهو الذي يحدد مرتبة هذا الدائن المرتهن في استيفائه لحقه .

وعندما يفي المدين بما في ذمته للدائن المرتهن[3] يصبح الرهن ، وبالتالي القيد ، غير ذي موضوع ، ويتعين اتخاذ إجراء يحرر العقار من عبء الرهن الذي يثقله ، وهذا الإجراء ، هو شطب القيد .

وقد نصت المادة 45 من قانون الشهر العقاري على طريقتين لمحو القيد " لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائي أو برضاء الدائن بتقرير

---

(1) أو نائبه أو وكيله أو ورثته أو المحال له . ويتحمل الراهن مصاريف التجديد

(2) والتجديد يؤدي إلى المحافظة على مرتبة الدائن الأصلية التي تستمر عشرة سنوات جديدة من وقت التجديد .

(3) وقد يتناول الدائن عن الرهن لصالح المدين حتى يقوى من ائتمانه ، كما قد يزول الرهن لأي سبب قانوني كالقضاء ببطلانه أو إبطاله أو فسخه .

رسمي منه . ومع ذلك يكتفي ، في إجراء المحو ، في حالة رهن الحيازة العقاري وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفي مصدق على التوقيع فيه "

ومن هذا النص يتضح أن محو القيد أما أن يكون رضاء وأما أن يكون قضاء :

المحو الرضائي : يتم باختيار الدائن ورضاه . وقد تطلب القانون ، في صدد الرهن الرسمي أن يتم التقرير بالمحو في محرر رسمي . وإذا صدر الرضاء بالمحو عن الوكيل فلابد أن يكون التوكيل رسميا . وتكفي الوكالة العامة إذا كان المحو في مقابل قبض الدين ، أما إذا كان المحو بغير مقابل فلابد من وكالة خاصة .

وإذا تم المحو ممن له الولاية على القاصر (الدائن) جاز له ذلك ولو بغير إذن المحكمة ، أما إذا تم من الوصي فهو جائز مطلقا إذا كان في مقابل قبض الدين ، أما إذا كان بغير مقابل فلابد من استئذان المحكمة (م 11/39 من قانون الولاية على المال) .

في حالة قيام الدائن بالمحو أصيلا عن نفسه فان عمله يعد من قبيل التصرف في الدين ولذلك يجب أن يكون كامل الأهلية[1] .. وإذا انتقل الحق بالحوالة إلى محال له أو إلى الورثة بالوفاة انعقدت مكنة المحو لصاحب الصفة الجديد ويتم التأشير بالشطب على هامش القيد .

المحو القضائي : قد يمتنع الدائن عن التقرير بالمحو ، أما تعنتا منه ، وأما لخلاف قانوني حول صحة الرهن أو استمراره . وفي هذه الحالة يجوز لكل صاحب مصلحة (كالمدين أو الدائن المرتهن التالي في المرتبة أو مشتري العقار) أن يلجا إلى القضاء للحصول على حكم بمحو القيد .

وإذا صدر حكم بالمحو، وصار هذا الحكم نهائيا باستنفاذ طرق الطعن العادية ، جاز إلغاء الشطب بالتأشير بالحكم على هامش القيد .

البند الرابع

إلغاء الشطب

---

(1) السنهوري ، السابق ، ص 483 .

قد يثور الخلاف حول صحة شطب القيد ، فيطلب الدائن إلغائه أو إبطاله ، لأي سبب من الأسباب القانونية الموجبة لذلك ، كما لو كان الدائن ، في حالة الشطب الرضائي ، قد اقر بالشطب تحت تأثير عيب من عيوب الإرادة ، أو كان ناقص الأهلية . وقد يستجيب القضاء لطلب الدائن فيحكم ببطلان ، أو بإبطال شطب القيد .

كذلك الحال في حالة الشطب القضائي فبعد إتمامه بموجب حكم نهائي قد يحكم بإلغاء هذا الحكم بطريق الطعن بالتماس إعادة النظر أو بالنقض . وفي الحالتين يكون الشطب قد تم إلغاؤه ، بما يعني عودة القيد كما كان قبل الشطب قائما ونافذا .

وقد نصت المادة 46 من قانون الشهر العقاري على انه : " إذا الغي المحو عادت للقيد مرتبته الأصلية ... " .

غير أن هناك فترة زمنية بين شطب القيد ثم إلغاء الشطب وعودة القيد قائما ، وفي هذه الفترة قد يكتسب الغير حقا على هذا العقار يتم تسجيله أو قيده ، بمعنى أن هذا التسجيل ، أو ذلك القيد ، إنما يتم في وقت كان فيه القيد مشطوبا .

وقد واجهت المادة 46 السالفة الذكر هذا الوضع عندما أضافت : " ... ومع ذلك لا يكون لإلغائه (أي إلغاء الشطب أو المحو) اثر رجعي بالنسبة للقيود والتسجيلات التي أجريت في الفترة ما بين المحو والإلغاء " ومعنى ذلك انه لو قيد دائن مرتهن جديد رهنه أثناء فترة محو القيد فانه لا يضار من عودة القيد نتيجة لإلغاء المحو .

ولا تثور مشكلة بين أصحاب الحقوق المقيدة إذا كان ثمن البيع كافيا للوفاء بجميع الديون .

أما إذا كان الثمن غير كاف فانه يتعين توزيع الثمن مع احترام القاعدة الواردة في المادة 46 السالفة الذكر .

فإذا افترضنا أن (أ) وهو دائن مرتهن بمبلغ ألفي جنيه قيد رهنه سنة 2010 وقيد (ب) وهو دائن بثلاثة آلاف جنيه رهنه سنة 2011 ثم شطب قيد (أ) سنة 2013 ، ثم جاء (جـ) وهو دائن بألفي جنيه وقيد رهنه أواخر سنة 2013 (حال كون قيد (أ) مشطوبا ، ثم الغي شطب القيد سنة 2014 تم البيع

بمبلغ أربعة آلاف جنيه . فكيف يتم التوزيع ؟ يتم التوزيع على أساس أن إلغاء الشطب ليس له اثر رجعي حسبما ورد بالمادة 46 من قانون الشهر العقاري . وبالتالي لا يضار (جـ) من عودة القيد الخاص (أ) .

ويؤدي ذلك إلى أن يؤخذ من نصيب (أ) قدر يماثل ما كان يحصل عليه (جـ) في حالة عدم إزالة الشطب (أي باعتبار انه غير موجود بالنسبة له) وبالتالي يأخذ جـ مبلغ ألف جنيه وهو المبلغ الذي يستحق على أساس أن (ب) فقط يتقدم عليه في استيفاء دينه . ويأخذ (ب) مبلغ ألفي جنيه باعتبار أن (أ) يتقدم عليه في المرتبة . وعلى هذا النحو فان عودة القيد بعد إلغاء الشطب لا تكون قد أضرت الدائن الذي تعامل على العقار أثناء الشطب.

المبحث الثالث

التتبع والتقدم

يستهدف الرهن أساسا حماية بلوغ الدائن غايته في استيفاء حقه من المدين ، وذلك عن طريق بيع العقار عند اللزوم وقبض الدين من ثمنه حسب المرتبة التي يخولها القيد للدائن المرتهن . وللدائن ميزة التقدم وفقا للرهن ، على غيره من الدائنين المرتهنين التالين له في المرتبة ، وعلى الدائنين العاديين . غير أن الدائن عندما يشرع في التنفيذ على العقار المرهون قد يفاجأ بان العقار قد خرج من ذمة الراهن ، سواء في صورة نقل الملكية كاملة (بيع) ، أو في صورة التصرف في احد الحقوق المتفرعة عن الملكية والتي يجوز التصرف فيها على وجه الاستقلال ، كحق الانتفاع أو حق الرقبة .

وفي هذه الحالة الأخيرة يكون خروج المال من ذمة الراهن ، كليا أو جزئيا ، عقبة في سبيل التنفيذ ، حيث يتعين على الدائن المرتهن أن يتتبع العقار تحت يد من آل إليه .

وعلى هذا النحو السابق فان التقدم ، أو الأفضلية ، هو ميزة ملازمة لحق الدائن المرتهن على وجه الدوام . أما التتبع فهو مكنة تخول الدائن أن يتعقب العقار في أي يد يذهب إليها لممارسة التنفيذ عليه . وهذه المكنة الأخيرة ، لا تلازم الرهن دائما ، بل هي تبدو ضرورية فقط إذا خرج المال من ذمة الراهن على النحو السابق بيانه .

ونعرض فيما يلي لحق التتبع وما يثيره من مشكلات خاصة بالنسبة إلى الحائز الذي آل إليه العقار ودفوع هذا الحائز وخياراته ، ثم تتبع ذلك بالتعرض للأفضلية ، أو مكنة التقدم ، التي يتمتع بها الدائن المرتهن .

المطلب الأول

حق التتبع

حق التتبع هو الحق المقرر للدائن المرتهن في أن يتتبع العقار المرهون تحت أي يد يذهب إليها ، ثم بيع العقار جبراً . وهو حق مقرر لكل دائن مرتهن حتى ولو كان تاليا في المرتبة .

وقد نصت المادة 1060 من القانون المدني على أنه :

1- " يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول اجل الدين ، أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين ، أو يطهر العقار من الرهن ، أو يتخلى عنه"

2- " ويعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت إليه ، بأي سبب من الأسباب ، ملكية هذا العقار ، أو حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن "

ويتعرض النص السابق للحائز الذي يُوَاجَهْ بالتتبع ، ويضع له تعريفا ويحدد الخيارات التي يمكن له أن يمارسها في مواجهة الدائن المرتهن .

ونعرض فيما يلي لشروط الحائز ، ولكيفية مباشرة التتبع في مواجهته ، كما نعرض لدفوع الحائز وخياراته .

البند الأول

تعريف الحائز

ويتضح من نص المادة 1060 من القانون المدني أن شروطا خمسة يتعين توافرها حتى يعتبر الشخص حائزا للعقار المرهون بالمعنى المقصود في مباشرة سلطة التتبع . وهذه الشروط هي :

1- **أن يكون الشخص قد انتقلت إليه ملكية العقار المرهون كله أو أي حق عيني آخر مما يجوز بيعه استقلالا بالمزاد العلني:**

وهذا الشرط يتسق مع مفهوم النظام القانوني للرهن ولحق التتبع . ذلك أن التتبع يستهدف حماية الدائن من خطر نشأ عن انتقال الملكية أو احد فروعها (انتفاع – رقبة) إلى الغير وعلى هذا النحو فليس أي تصرف يقتضي التتبع ، فتأجير العقار ، أو التصرف في المنقولات المخصصة لخدمته ، لا تعد من قبيل التصرفات التي تجعل من المتصرف إليه حائزا بالمعني المقصود في هذا المقام .

كذلك لا يعتبر حائزا من تلقي حقا عينيا غير قابل للبيع بالمزاد العلني كصاحب حق السكني أو حق الاستعمال . كذلك الحال إذا قرر الراهن حق ارتفاق على العقار المرهون ، لأن حق الارتفاق لا يتصور بيعه استقلالا .

ومن البديهي أن تقرير رهن لدائن جديد على ذات العقار لا يضفي على الدائن المرتهن الجديد صفة الحائز ، لان الدائن الأسبق إنما يمارس إجراءات التنفيذ في مواجهة الراهن ، مع فض التزاحم بين الدائنين المرتهنين المتعددين على أساس أسبقية القيد .

2- أن تكون الملكية ، أو الحق العيني الآخر ، قد انتقل بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

وتفصيل ذلك أن الملكية إذا كانت قد انتقلت بالتسجيل قبل قيد الرهن فان الدائن المرتهن ، لا يستطيع أن يحتج ، بحقه قبل المتصرف إليه أصلا وبالتالي لا يستطيع أن يباشر التتبع في مواجهته .

أما إذا كان انتقال الملكية قد تم بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية فان حق المتصرف إليه لا يسري في حق الدائن المرتهن . وللدائن المرتهن ، بالتالي ، أن يتجاهل التصرف تماما ، وان ينفذ على العقار في مواجهة الراهن باعتبار أن العقار مازال في ملكه .

3- يتعين أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته ، وذلك أن الحقوق العينية العقارية الأصلية لا تنشا ولا تنتقل ولا تتغير لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل . وعلى هذا الأساس فإذا كان الشخص قد تلقي الحق

بمقتضى سند واجب التسجيل فانه يتعين تسجيله حتى يعتبر من تلقى الحق حائزا ، وإلا بقيت الملكية على ذمة الراهن ويتم التنفيذ في مواجهته .

أما إذا كان الشخص قد تلقي الحق بمقتضي سند غير واجب التسجيل ، فان هذا الإجراء الأخير لا يعتبر لازما ويصدق علي من اكتسب الحق وصف الحائز رغم ذلك .

وينطبق هذا القول على حالة اكتساب الحق بالتقادم . فإذا كانت مدة التقادم قد اكتملت لواضع اليد ، فانه يعد حائزا ، يجوز تتبع العقار تحت يده.

4- ألا يكون مسئولا بصفة شخصية عن الدين . وقد ذكرت ذلك صراحة المادة 1060 مدني . وبناء على هذا التحديد لا يكون حائزا المدين المتضامن ، ولا يعتبر الوارث حائزا لأنه لا يمتلك العقار المرهون إلا بعد زوال الرهن .

أما بالنسبة للكفيل العيني فهو مسئول عن الدين مسئولية محددة بالعقار المرهون ، ولذلك لا تنطبق عليه كافة الأحكام القانونية الخاصة بالحائز . فالدائن يستطيع أن يتخذ في مواجهته إجراءات التنفيذ كاملة ، ولا يجوز للكفيل العيني أن يتمسك بتطهير العقار لأن التطهير لا يجوز لمن كان مدينا . ومع ذلك فقد أجاز المشرع للكفيل العيني تخلية العقار ، حيث أن مسئوليته محددة بالعقار المرهون فلا باس من تجويز مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة شخص آخر غير الكفيل العيني .

5- يجب ألا يترتب على سند الحائز زوال سلطة التتبع . ذلك أن هناك فروضا يكون انتقال الملكية من الراهن إلى شخص آخر على نحو ينفي بقاء سلطة التتبع . ومن هذا القبيل أن يكون العقار قد نزعت ملكيته للمنفعة العامة[1] . ففي هذه الحالة يكون العقار قد تحول إلى مال عام لا يجوز تتبعه تحت يد الدولة . وكل ما يبقى الدائن هو انتقال حقه إلى التعويض المستحق عن نزع الملكية . وكذلك الحال إذا بيع المال بالمزاد العلني ورسا المزاد على شخص معين فان رسو المزاد ، وتسجيل حكمه ، يؤدي إلى تطهير العقار من التأمينات التي تثقله .

---

(1) ومن قبيل ذلك أيضا ما يترتب على أيلولة أراضي الأجانب إلى الدولة عملا بقانون حظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية في مصر الذي طبق في مرحلة سابقة .

البند الثاني

كيفية مباشرة التتبع (شروطه وإجراءاته)

شروط التتبع

نصت المادة 1060 من القانون المدني على انه يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار "[1]

ويضع هذا النص **شرطا مبدئيا** لمباشرة التتبع هو أن يكون أجل الدين قد حل . ومعنى ذلك أنه لا مجال للتتبع إذا كان الدين مؤجلا . واتساقا مع هذا المعنى لا يجوز التتبع إذا كان الدين معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد ، أو كان المدين قد حصل – بعد حلول الأجل – على نظرة ميسرة قضائية ، حيث يستفيد الحائز من هذه النظرة شأنه شأن المدين .

وإذا حل اجل الدين حلت مباشرة التتبع ، يستوي في ذلك أن يكون حلول الأجل طبيعيا ، أو أن يكون حدث نتيجة سقوطه لأي سبب من الأسباب .

غير أن مباشرة التتبع تفترض **شرطا ثانيا** يتعلق بنفاذ الرهن في مواجهة الغير ، وهذا الشرط يقتضي أن يكون الرهن قد تم قيده وفقا للقانون – على نحو ما سيأتي بيانه – وأن يكون القيد مازال قائما عند مباشرة التتبع ، فإذا كان القيد قد سقط بعدم التجديد فلن يحتج بالرهن في مواجهة الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار قبل إجراء القيد الجديد .

إجراءات التتبع :

نصت المادة 1072 من القانون المدني على أنه : " إذا لم يختر الحائز سداد بعض الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقا لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار . ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد .

---

(1) " إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه "

ويتضح من هذا النص انه يجب على الدائن الذي يسعى في مباشرة التتبع أن يقوم بإجراءين : التنبيه والإنذار : أولهما يوجه إلى المدين ، ويوجه الثاني إلى الحائز ، فضلا عن وجوب تسجيلهما .

1- التنبيه :

ومن مقتضاه التنبيه على المدين بالسداد ، ويتم التنبيه بإعلان على يد محضر يتضمن البيانات التي يتطلبها قانون المرافعات (تنبيه نزع الملكية) .

والحكمة من توجيه التنبيه إلى المدين هو أن من المتصور أن يسارع المدين بالوفاء بالدين ، فإن فعل وقفت الإجراءات عند هذا الحد ، ولم يعد للتتبع فائدة أو معنى . فضلا عن أن التنبيه يضع المدين في موضع التقصير عند عدم الوفاء به ، وهو ما يكون سندا للحائز في رجوعه على المدين إذا أوفى بالدين أو نزعت ملكية العقار من تحت يده .

2- الإنذار :

يتعين على الدائن المرتهن أن يوجه إنذارا إلى الحائز أما أن يقضي الدين أو أن يتخلى عن العقار .

وهذا الإنذار هو إجراء ضروري يسبق ممارسة إجراءات نزع الملكية ، حيث لا يجوز الشروع في هذه الإجراءات إلا بعد تمام إنذار الحائز بالوفاء أو التخلية . فإذا لم يستجب الحائز لأي من هذين الخيارين شرع الدائن في ممارسة إجراءات نزع الملكية .

ويجب أن يكون إنذار الحائز مصحوبا بصورة من أصل التنبيه الذي سبق توجيهه إلى المدين وإلا وقع الإنذار باطلا . ولذلك فلا يجوز توجيه الإنذار إلى الحائز قبل التنبيه على المدين(1) .

ولان الإنذار يصاحبه صورة من التنبيه وفيه البيانات اللازمة فإن القانون لم يشترط أن يتضمن الإنذار بيانات معينة أكثر من بيانات الأطراف والعقار المرهون (وبدقه) ومبلغ الدين وتخيير الحائز بين الوفاء أو التخلية(1) .

---

(1) وان أجازت المادة 1072 أن يكون التنبيه والإنذار في وقت واحد .

<u>3- تسجيل التنبيه والإنذار :</u>

استوجب قانون المرافعات ضرورة تسجيل التنبيه وكذلك الإنذار ، وقد نصت المادة 412 من هذا القانون على انه يجب أن يسجل الإنذار، وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسجيل التنبيه وإلا سقط تسجيل التنبيه "

وفي نهاية الأمر إذا لم تستوف الشروط الخاصة بالتنبيه والإنذار كما يتطلبها القانون فان إجراءات التنفيذ على العقار في مواجهة الحائز تعتبر باطلة ولا ترتب أثرا في حقه ، ويكون له أن يتجاهلها ، فإذا تمت رغم ذلك على شخص ما ، فان للحائز أن يتمسك ببطلان إجراءات نزع الملكية ومرسى المزاد . ولكن التمسك بالبطلان بأسباب تتعلق بالإنذار إنما هو مقرر لمصلحة الحائز فحسب فلا يجوز لغيره أن يتمسك به .

أما إذا تم الإنذار صحيحا فانه يرتب في حق الحائز جميع الآثار التي تترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية في حق المدين (لو كان العقار تحت يده) . (راجع المواد 406 ، 410 مرافعات)

البند الثالث

دفوع الحائز

الحائز ، كما سبق تعريفه ، هو شخص اكتسب على العقار المرهون حقا عينيا (من الحقوق القابلة للرهن) ، ولكن مشكلته نشأت من أن حقه هذا إنما يثبت على عقار مرهون رهنا رسميا وأن تسجيل سند ملكيته إنما جاء بعد قيد الرهن ، فأصبح الرهن نافذا في مواجهته .

ولذلك فان أول ما يجوز للحائز أن يدفع به التتبع هو المنازعة في صحة الرهن ذاته . فان اثبت بطلان عقد الرهن ، وقضي له بذلك ، كفاه هذا الأمر مؤونة المتابعة .

---

(1) وهي الحد الأدنى اللازم لبيانات الإنذار .

أما إذا كان عقد الرهن صحيحا ولا مطعن عليه فليس أمام الحائز إلا أن ينقل معركته إلى احد مجالين : المنازعة في نفاذ الرهن أو إنكار الدين.

أولا : إنكار نفاذ الرهن :

للحائز أن يتمسك بكافة الدفوع التي تجعل الرهن غير نافذ في حقه ، فله أن يتمسك بأن سند ملكيته قد سجل قبل قيد الرهن ، أو أن القيد قد سقط بعدم تجديده في الميعاد القانوني ، أو انه قد شطب وانه اكتسب حقه أثناء فترة الشطب (ولو كان الشطب قد تم محوه بعد ذلك) . كما أن له أن يتمسك ، كما سبق القول ، ببطلان الإنذار الموجه إليه لعدم استيفائه البيانات الجوهرية أو لان صورة التنبيه الموجه إلى المدين لم يرفق به . وقد سبق بيان أوجه التفضيل في هذه الأمور .

ثانيا : إنكار الدين :

الرهن ، كما هو ثابت من صفاته ، حق عيني تبعي ، فهو يدور مع الدين المضمون وجودا وعدما ، حيث لا تقوم له قائمة إلا إذا استند إلى دين صحيح وقائم ، ومن هذه التبعية يستطيع الحائز أن يهاجم بما يدفع عنه تتبع الدائن المرتهن .

وقد نصت المادة 1073 من القانون على انه :

1- " يجوز للحائز الذي سجل سند ملكيته ولم يكن طرفا في الدعوى التي حكم فيها على المدين بالدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها ، إذا كان الحكم بالدين لاحقا لتسجيل سند الحائز".

2- " ويجوز للحائز في جميع الأحوال أن يتمسك بالدفوع التي لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها "

ويقيم هذا النص السابق تفرقة بين فرضين يكون حق الدائن فيها قد ثبت بحكم قضائي .

الفرض الأول : أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته بعد صدور الحكم على المدين بالدين . وفي هذه الحالة تتحدد دفوعه بما بقى للمدين من دفوع ، كأن يدفع بإنقضاء الدين ، بعد الحكم ، بالوفاء أو بالمقاصة .... الخ . فلان حقه (أي الحائز) قد آل إليه بعد صدور الحكم على المدين فليس له أن يناقش أو أن

يدفع بأي دفوع تتعلق بما قبل صدور الحكم . فالحائز خلف خاص للمدين ، يتحدد مركزه بمركز سلفه ، ومنها الالتزام بمقتضى حجية الأمر المقضي .

الفرض الثاني : الحائز قد سجل سند ملكيته قبل صدور الحكم على المدين ، فإذا كان ممثلا في الدعوى نتيجة لاختصاصه فيها ، أو تدخله فيها باختياره ، جاز له أن يدفع بكل ما يتعلق ببطلان سند الدين أو انقضائه لأي سبب من الأسباب ، فهو صاحب مصلحة حقيقية وجادة في الموضوع . فإذا ما صدر الحكم كان حجة عليه لمثوله خصما في الدعوى . ولا يجوز له بعد ذلك إلا أن يدفع بدفوع لاحقه على صدور الحكم .

أما إذا لم يكن قد مثل في الدعوى ، إدخالا أو تدخلا ، فان له أن يتمسك بكافة الدفوع سواء كانت جائزة للمدين ، لأنها دفوع لاحقة على صدور الحكم ، أم كانت دفوعا لا تجوز للمدين لأنها دفوع لاحقة على صدور الحكم. أي أن له أن يتمسك بكافة الدفوع دون تقيد بما يجوز أو لا يجوز بالنسبة للمدين. ذلك أن حقه ، بحكم الفرض المعروض ، ثابت قبل صدور الحكم على المدين في دعوى لم يكن هو ، أي الحائز ، ممثلا فيها .

البند الرابع

خيارات الحائز

حينما يباشر الدائن المرتهن إجراءات التتبع ، في مواجهة الحائز ، فإن هذا الأخير ، إذا لم تكن لديه دفوع على النحو السابق ، يملك عدة خيارات هي :

قضاء الدين ، تطهير العقار المرهون ، تخلية العقار ، تحمل إجراءات نزع الملكية .

المقصد الأول : قضاء الدين :

يمثل هذا الإختيار الأول (قضاء الدين) أهمية كبيرة بالنسبة للحائز في بعض الحالات . فمن المتصور أن يكون الحائز قد اشترى العقار المرهون بثمن مساو لقيمة الدين ولم يكن قد سدد هذا الثمن للبائع . وهنا يقوم بدفع المبلغ للدائن بدلا من دفعه للبائع . وفي فرض آخر قد يكون الدين مضمونا برهن على عقار آخر مملوك للمدين فيقوم الحائز بالوفاء ويحل محل الدائن المرتهن في هذا الرهن الآخر .

وأخيرا قد تكون قيمة العقار قد ارتفعت بما يجاوز بكثير الدين المضمون فيفضل الحائز قضاء الدين على أن يعود على المدين بما دفعه فيما بعد . غير أن قضاء الدين قد يكون إجباريا بالنسبة للحائز وقد يكون أمرا اختياريا .

القضاء الإجباري :

الأصل أن قضاء الدين هو أمر اختياري بالنسبة للحائز ومع ذلك فهناك حالة جعل فيها المشرع قضاء الدين إجباريا ، وهي حالة وردت في نص المادة 1063 من القانون المدني :

(1) " إذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل "

(2) " فإذا كان الدين في ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغاير لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعا أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ويكون الدفع طبقا للشروط التي التزم بها الحائز في أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفي الأجل المتفق عليه "

(3) " وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن إذا هو وفي لهم فان العقار يعتبر خالصا من كل رهن ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود "

وعلى هذا النحو فهناك حالتان يجبر فيهما الحائز على قضاء الديون :
والحالة الأولى لا تمثل أية مشكلة وتستند في حكمها إلى اعتبارات منطقية وعادلة . فإذا كان المستحق في ذمة الحائز مبلغا يكفي الوفاء بجميع الديون المقيد رهنها قبل تسجيل سند الحائز وجب عليه أن يعرض على كل دائن ما يوفيه حقه وان يمتنع عن الوفاء بأي شيء من هذه المبالغ للراهن ، بل انه لا مصلحة له في ذلك .

ويشترط لتطبيق حكم هذه الحالة الأولى أن تكون المبالغ كافية تماما للوفاء بالديون ، وان تكون هذه المبالغ مستحقة في ذمة الحائز بسبب أيلولة العقار المرهون إليه ، وان تكون المبالغ مستحقة الأداء حالا .

أما الحالة الثانية فالفرض أن ما في ذمة الحائز أقل من قيمة الديون المضمونة بالرهن ، ولكن أتفق الدائنون المرتهنون على مطالبة الحائز بالدفع ففي هذه الحالة يجب عليه قضاء الديون . ويطبق ذات الحكم في فروض أخرى أشار إليها النص وهي فرض أن يكون ما هو مستحق في ذمة الحائز دينا مغايرا لجنس الديون المضمونة ، أو دينا غير مستحق الأداء.

واتفاق الدائنين على النحو المشار إليه يغلق أمام الحائز أي خيار آخر . فلا يكون أمامه إلا الوفاء . ولكن الحائز يلتزم بالدفع في حدود الشروط والأوضاع التي سبق أن إتفق عليها مع سلفه (البائع) فهو يفي مقسطا أو مؤجلا ، حسب الاتفاق الأصلي الذي تلقي العقار بمقتضاه .

وإذا كان الآمر على هذا النحو السابق فان الحائز لا تصبح له مصلحة في الامتناع عن قضاء الديون ، بل على العكس يحقق له هذا الوفاء أن يطلب بعد إجرائه محو ما على العقار من قيود .

ويترتب على توافر إحدى حالتي القضاء الإجباري السابقتين أن يفقد الحائز صفته كحائز بمعنى انه لا تصبح له من بعد خيارات الحائز الأخرى. حيث يجب عليه قضاء الدين على النحو السابق ولا يملك أن يسلك إجراءات تطهير العقار أو إجراءات التخلية . بل انه يصبح مسئولا مسئولية شخصية عن الوفاء بالديون فإن تقاعس جاز للدائنين أن ينفذوا على أمواله الأخرى بما نشا لهم من حق الضمان العام في مواجهته .

قضاء الدين اختيارا :

وقد نصت المادة 1061 من القانون المدني :

" يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره . ويبقى حقه

هذا قائما إلى يوم رسو المزاد . ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين ، وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفي الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين ".

ويتضمن قضاء الدين كما ورد في المادة السابقة الوفاء بأصل الدين وكذلك الملحقات والمصاريف . والوفاء هنا هو الوفاء بكامل الدين عملا بقاعدة عدم التجزئة وعملا بمنطق الوفاء الاختياري ذاته . فإذا لم يلتزم الحائز بالوفاء بكل الدين كان للدائن المرتهن أن ينزع ملكية العقار استيفاء لما لا يتم الوفاء به .

والملحقات تشمل الفوائد ، وهي فوائد سنتين قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (م 1098) وكذلك الفوائد المستحقة بعد هذا التسجيل وحتى يوم رسو المزاد . أما غير هذا من الفوائد الأخرى فلا يلتزم بها الحائز إلا بما يكون الدائن قد قيده منها بحيث يحتج به عليه . وبالنسبة للمصروفات فهي تشمل كل ما ينفقه الدائن في إجراءات نزع الملكية من وقت إنذار الحائز حتى قيامه بقضاء الدين (م 1061 مدني)

ويتم قضاء الدين عند حلول أجله ، ويلاحظ في هذا الشأن أن الحائز يستفيد من الأجل الذي منح للمدين ، سواء كان هذا الأجل إتفاقيا أو قضائيا ، وبالتالي لا يجوز اتخاذ أية إجراءات ضد الحائز مادام الأجل قائما.

ما يترتب على قضاء الدين :

(1) إذا تم قضاء الدين ، على النحو السابق ، سواء إجبارا أو اختيارا زالت عن العقار المرهون القيود التي تثقله . ولذلك يصبح من حق الحائز أن يطلب محو ما يكون من قيود على العقار .

(2) أن للحائز الذي أوفى بالدين حق الرجوع على المدين . وفي هذا الشأن تنص المادة 1061 مدني على أن يكون للحائز : " أن يرجع بكل ما يوفيه على المالك السابق للعقار المرهون . كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفي الدين فيما له من حقوق إلا ما يكون منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين "

ويبين من هذا النص أن للحائز الذي يقضي الدين أن يرجع بما أوفاه بأحد طريقتين : دعوة الضمان ودعوى الحلول .

أولا : دعوى الضمان :

وبها يرجع الحائز على سلفه الذي نقل إليه ملكية العقار المرهون سواء أكان هو المدين أو غيره .

ذلك أن شروع الدائن في التنفيذ على العقار المرهون يعد في حكم الاستحقاق ، كليا كان أو جزئيا ، وقضاء الدين هو في حكم توقي الاستحقاق (م 442 مدني)

ويترتب على هذا أن تتوافر شروط الضمان في حق السلف بالا يكون الاستحقاق قد نشا عن خطا الحائز (م 240 و 444) ، وألا يكون هناك اتفاق على عدم ضمان الاستحقاق (م 445) . وأخيرا إلا يكون التصرف الذي تلقى الخلف بمقتضاه العقار المرهون وصية أو هبه بغير عوض ، ففي هاتين الحالتين لا ضمان ولا رجوع .

وباختصار ليس للحائز أن يرجع بالضمان إلا إذا كان سنده يسمح له بهذا الرجوع .

ثانيا : دعوى الحلول :

أن للحائز الذي قضى الدين أن يرجع بدعوى الحلول وذلك بان يحل محل الدائن الذي استوفى دينه فيما له من حقوق . فهو يأخذ مركز الدائن (مستوفي الدين) في حقه ، بما له من خصائص ، وبما يلحقه من توابع ، وبما يرد عليه من دفوع ، وأخيرا بما له أيضا من تأمينات أخرى ضامنة للوفاء به .

غير أن المشرع في المادة 1061 مدني فرق في شأن التأمينات التي تضمن الوفاء بالدين بين تلك المقدمة من المدين ، كرهن على عقار آخر ، وبالنسبة لها يحل الحائز محل الدائن ويستفيد بالتالي من تلك التأمينات ، أما التأمينات التي تكون قد قدمت من غير المدين كالكفالة الشخصية أو الكفالة العينية فان الحائز الذي قضى الدين لا يستفيد – في حلوله – بها وذلك بصريح نص المادة 1061 مدني . والحكمة من استبعاد هذه التأمينات – وإسقاطها ،

عند قضاء الدين ، انه لو كان العقار المرهون قد بقى في يد المدين وتم التنفيذ عليه تحت يده لما كان لهذا المدين (بطبيعة الحال) أن يرجع على الكفيل ، ولذلك فان قيام المدين بالتصرف في العقار إلى الحائز لا يجوز أن ينتهي بالإضرار بمركز الكفيل عما كان عليه قبل التصرف .

وتظهر مصلحة الحائز واضحة في أن يحل محل الدائن الذي استوفى دينه من الحائز) في حقه وضماناته ، في حالة ما إذا كانت هناك حقوق دائينية أخرى مقيدة تالية في المرتبة ، في هذه الحالة يؤدي حلول الحائز محل الدائن إلى تثبيط عزم الدائنين التاليين في المرتبة عن الشروع في اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، حيث يصطدمون يكون الحائز (بحلوله) أصبح في المرتبة الأسبق ، ومن حقه أن يستوفي دينه قبل غيره بحكم هذه المرتبة . ولكي يستفيد الحائز – في حالة الحلول – بالضمانات الأخرى المقدمة من المدين فانه يتقيد بقيدين :

القيد الأول : أن يكون قيد الرهن الذي حل فيه الحائز محل الدائن مازال قائما ومنتجا لآثاره . لذلك نصت المادة 1062 مدني على انه : " يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن وأن يجدده عند الاقتضاء وذلك إلى أن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز ".

القيد الثاني : إذا كانت هناك رهون أخرى على عقارات أخرى مقدمة من المدين (غير الرهن الذي يثقل عقار الحائز) فانه يتقيد بما ورد في المادة 331 مدني " إذا وفي حائز العقار المرهون كل الدين وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار ".

ومعنى ذلك أنه إذا رهن المدين عقارين ضمانا لدين في ذمته ثم تصرف فيهما لشخصين مختلفين (أو كان العقار المرهون واحدا تم بيعه على جزئين لشخصين مختلفين) في هذه الحالة يوجد حائزان لعقارين .. فإذا وفي احد الحائزين كل الدين وحل محل الدائن المرتهن فإنه لا يستطيع أن يرجع على الحائز الآخر بكل الدين بل يوزع الدين على الحائزين بنسبة قيمة كل عقار إلى مقدار الدين .

فإذا كانت قيمة ما يحوزه كل منهما مساوية لقيمة ما يحوزه الآخر فان الحائز الموفي لا يرجع على زمليه إلا في حدود نصف الدين فقط . والعلة من هذا القيد الثاني أن الحائزين في مركزين متساوين فلا يجوز أن يستفيد احدهما لمجرد أنه قام بقضاء الدين .

المقصد الثاني : تطهير العقار المرهون :

التطهير هو إجراء يجريه الحائز بقصد تخليص العقار من الرهون التي تشغله . لذلك فهو يفترض **أولا** : أن الحائز قد سجل سند ملكيته (إذا كان سند ملكيته قابلا للتسجيل[1]) حتى يتحدد عدد الدائنين أصحاب الحقوق النافذة في حقه ، والذي يمارس التطهير في مواجهتهم " يجوز للحائز الذي سجل سند ملكيته أن يطهر العقار ...... " .

وهو يفترض **ثانيا** : أن الحائز لا يرغب في الاستمرار في وضع قلق يتحسب فيه تتبع العقار تحت يده من جانب الدائنين المرتهنين ، فيسارع ، حتى قبل حلول اجل الديون ، بعرض قيمة العقار عليهم (وتظل له هذه المكنة إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع) ويوجه العرض إلى جميع الدائنين المقيدة حقوقهم : الرهن الرسمي والرهن الحيازي وأصحاب حقوق الامتياز العقارية الخاصة . ويوجه إليهم سواء من حل اجل دينه أو من لم يحل مادام حقه مقيد قبل تسجيل سند الحائز .

وفي هذه الحالة يكون الدائنين في موقف دقيق لأن عليهم أن يقبلوا قيمة العقار حتى ولو لم تكن كافية للوفاء بكامل حقوقهم . وإما أن يشرعوا في التنفيذ ويتحملوا مصاريف وإجراءات نزع الملكية والبيع بالمزاد العلني ، وفي نهاية المطاف قد لا يباع العقار بأكثر مما عرضه عليهم الحائز ، أو قد يباع بفارق لا يستحق عناء ومصروفات إجراءات البيع .

وعلى هذا النحو فان الحائز يضع الدائنين في موقف لا يملكون فيه ، عادة ، إلا قبول الثمن المعروض وإسقاط الرهون المقيدة النافذة في مواجهة الحائز ، بحيث يخلو العقار للحائز مطهرا من هذه الرهون .

وقد نصت على التطهير المادة 1064 مدني :

---

(1) كتصرف قانوني مثل البيع ، أما إذا كان واقعة مادية كالتقادم فلا يرد التسجيل .

" (1) يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند "

" (2) وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع "

ونعرض فيما يلي لأحكام التطهير ببيان من له حق التطهير ، وما هو قدر المبلغ الذي يتم عرضه على الدائنين ، ثم إجراءات التطهير .

أولا : من له حق التطهير :

تنص الفقرة 1 من المادة 1064 سالفة الذكر على أن التطهير يكون للحائز دون غيره ..

والحائز من توافرت فيه الشروط الخاصة بهذه الصفة والذي لا يكون – كما سبق القول – ملتزما شخصيا بالديون (كالكفيل أو وراث المدين أو الشريك في الدين متضامنا كان أو غير متضامن)

وعلى هذا النحو يكون التطهير لمشتري العقار المرهون ، والمقايض والموهوب له ، والموصى له ، والشفيع ، ولصاحب حق انتفاع على العقار المرهون فهؤلاء أصحاب حقوق تقبل الحجز عليها وبيعها بالمزاد العلني .

ولا يجوز التطهير من صاحب حق السكنى ، أو الارتفاق ، أو الاستعمال ، فهذه الحقوق لا تقبل البيع بالمزاد العلني وهي غير قابلة للرهن. وليس هناك ما يمنع من أن يقوم بالتطهير دائن مرتهن إذا كان قد اشترى العقار المرهون .

كما أن الحائز يجوز له التطهير حتى لو كان قد اكتسب حقه على العقار بالتقادم وليس بمقتضى تصرف قانوني ، غاية الأمر انه في حالة التصرف

الإرادي لابد أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته ، أما في حالة التقادم المكسب فلا يلزم ذلك حسب الرأي الراجع في الفقه المصري[1] .

وأخيرا لا يمنع من القيام بالتطهير أن يكون الحائز مالكا تحت شرط فاسخ . فإذا ما قام بذلك ثم زالت ملكيته بأثر رجعي نتيجة لتحقق الشرط الفاسخ . فإن هذا الزوال لا يؤثر على التطهير الذي تم . وقد نصت على هذا الحكم المادة 1083 من القانون المدني : " إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار "

أما إذا كان من يطلب التطهير مالكا تحت شرط واقف فإنه لا يعتبر حائزا وبالتالي لا يجوز له تطهير العقار مادام الشرط الواقف لم يتحقق بعد .

ثانيا : المبلغ الذي يعرضه الحائز للتطهير :

يقدر الحائز مبلغا من المال يعتبره معادلا لقيمة العقار المرهون . والحائز ليس مطلق الحرية في هذا التقدير . فيجب عليه أن يراعي ، من تلقاء نفسه ، أن تكون القيمة معادلة للقيمة الحقيقية للعقار حتى يكون في عرضه إقناعا لمجموعة الدائنين المرتهنين بما يؤدي إلى العزوف عن سلوك طريق التنفيذ الجبري[2].

والى جانب ذلك قيد المشرع تقدير الحائز بعدة قيود هي :

1- " إذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير كل جزء على حدة " . ومعنى ذلك أنه يجب على الحائز أن يقدر قيمة كل جزء على حدة وان يجري تطهير كل جزء باعتباره عقارا مستقلا . وقد يقبل الدائنون التطهير بالنسبة للثمن المعروض لجزء دون آخر . وفي هذه الحالة يقبل التطهير بالنسبة للجزء الأول ، ويعرض الجزء الآخر للبيع بالمزاد العلني (م 1065/ج مدني).

---

(1) حيث يذهب رأي آخر إلى أن التقادم لا يستعصى على التسجيل وانه مادامت المادة 1046 قد اشترطت في الحائز ، لكي يطهر العقار ، أن يكون قد سجل سند ملكيته فانه يتعين على الحائز الذي تملك بالتقادم أن يكون قد تمسك به وسجل الحكم الذي صدر له في هذا الخصوص .

(2) فإذا كان الحائز مشتريا فقد يعرض قيمة تساوي الثمن الوارد في العقد أو مبلغا أكثر أو اقل .

2- يجب أن لا تقل القيمة المعروضة عن القيمة الباقية من ثمن العقار في ذمة البائع (إذا كان التصرف بيعا) . فإذا كان ثمن العقار مائة ألف جنيه مثلا ، ولم يدفع منها شيئا ، فان ما يعرضه الحائز على الدائنين لا يجوز أن يقل عن هذه القيمة ... وإذا كان قد وقع للبائع جزءا منها فيجب إلا يقل ما يعرضه عن الباقي في ذمته . (م 1065 ج مدني) .

3- يجب ألا تقل القيمة المعروضة للتطهير عن السعر الذي يتخذ أساسا لتقدير ثمن العقار في حالة نزع الملكية (م 1065/ج مدني) .

وهذا الثمن يقدر بدوره على أساس الضريبة التي تدفع عن العقار . ويمكن الاستهداء في ذلك بما يتبع في تقدير الرسوم القضائية ورسوم التوثيق وهي إلا تقل قيمة الأطيان الزراعية عن الثمن أو الضريبة السنوية مضروبة في سبعين ، ولا تقل قيمة الأملاك المبنية عن الثمن أو القيمة التي يحددها الطالب بحيث لا تقل عن الضريبة مضروبة في سبعين . (السنهوري ، رقم 287) .

ثالثا : إجراءات التطهير :

نصت المادة 1065 من القانون المدني على أنه :

" إذا أراد الحائز تطهير العقار وجب عليه أن يوجه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم في مواطنهم المختارة المذكورة في القيد إعلانات تشتمل على البيانات الآتية :

(أ) خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقاً ، ومحل العقار مع تعيينه وتحديده بالدقة . وإذا كان التصرف بيعا يذكر أيضا الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءا من هذا الثمن .

(ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل .

(ج) المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعا وجب إلا يقل هذا المبلغ .... وفق ما سبق توضيحه .

(د) قائمة بالحقوق التي تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشمل على بيان تاريخ هذه القيود ، ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين .

وتستهدف ذكر هذه البيانات أن يكون كل دائن مرتهن عل بينه من القيمة المعروضة ، والحقوق المقيدة على العقار ، والثمن المعروض ، وما بقى في ذمة الحائز من ثمن ، وما سيحصل عليه حسب ترتيب أولويات القيد . كل ذلك بحيث يستطيع الدائن المرتهن أن يقدر موقفه وما إذا كان يقبل التطهير أو يرفضه ويطلب البيع بالمزاد .

ولم يبين المشرع الجزاء المترتب على إغفال بعض البيانات السابقة الإشارة إليها . ويمكن قياس الحكم على حالة إغفال بعض بيانات قيد الرهن وذلك بالقول بأن الأمر يتوقف على ما إذا كان البيان جوهريا وترتب عليه ضرر لأحد الدائنين من عدمه . فمثلا إذا اغفل الحائز ذكر احد الحقوق المقيدة بحيث لم يأخذه في اعتباره الدائن التالي في المرتبة فقبل العرض ، فان الجزاء يكون بطلان العرض بالنسبة له ولا ينتج أثره في حقه ، ويكون له الحق في التنفيذ على العقار إلا إذا أعاد الحائز العرض عليه قبل إيداع قائمة شروط البيع .

ويقدر القاضي في كل حالة ما إذا كان البيان جوهريا أو غير جوهري .

وأخيرا يكفي أن يعرض الحائز في الإعلان استعداده للوفاء بالديون المقيدة إلى القدر الذي تم تقويم العقار به . ولا يلتزم الحائز أن يعرض المبالغ عرضا حقيقيا . وليس عليه أن يقرن العرض بالمبلغ نقدا بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة " (م 1066 مدني) .

قبول العرض وأثره :

إذا تم عرض التطهير من جانب الحائز فان للدائنين قبول هذا العرض خلال ثلاثين يوما . وتبدأ هذه المدة بالنسبة للدائنين في تاريخ واحد هو تاريخ أخر إعلان رسمي ، يضاف إليها مواعيد المسافة بين موطن آخر دائن معلن إليه وموطنه المختار (بحد أقصى 30 يوم أخرى) . وقد يقبل الدائنون العرض خلال المدة السابقة قبولا صريحا ، فإذا انقضت دون أن يطلب احد الدائنين أو احد الكفلاء بيع العقار اعتبر ذلك قبولا ضمنيا .

وسواء كان القبول صريحا أو ضمنيا فان الحائز يلتزم بعرضه ولا يجوز له سحبه بأي حال من الأحوال . ويترتب على ذلك أن يصبح الحائز مسئولا عن المبلغ المعروض في كل أمواله .

ويترتب على القبول إمكان تطهير العقار المرهون من الحقوق التي كانت مقيدة للأشخاص الذين تم إعلانهم بالعرض . ولا ينصرف التطهير إلى ما قد يكون الحائز قد رتبه شخصيا من رهون .

من المستحسن لتمام التطهير قانونا أن يقوم الحائز بدفع المبلغ المعروض إلى الدائنين الذين تسمح مراتب قيد رهنهم باستيفاء حقوقهم . ويجوز له أن يودع المبلغ خزانة المحكمة إذا ما ظهرت مشكلة بين الدائنين حول توزيع المبلغ[1].

رفض العرض وبيع العقار بالمزاد :

من حق أي دائن ، أو أي كفيل لدين مضمون بالرهن ، أن يرفض العرض خلال المدة القانونية السابق الإشارة إليها . وفي هذه الحالة يصبح التطهير غير جائز .

غير أن المشرع وضع قيودا توفر قدرا من الجدية والمسئولية في حالة الرفض بأن ألزم من يرفض العرض أن يودع خزانة المحكمة مبلغا لتغطية مصاريف البيع بالمزاد ، وحرمه من استرداد المبلغ إذا لم يرسو المزاد بثمن أعلي من القيمة التي سبق أن عرضها الحائز . وقد نصت على ذلك المادة

---

(1) " إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد بالأوضاع المقررة استقرت الملكية نهائيا للحائز خالصة من كل حق مقيد إذا هو دفع المبلغ الذي قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة "

1068 مدني على أن يكون طلب بيع العقار " بإعلان يوجه إلى الحائز والى المالك السابق ، ويرفعه الطالب أو من يوكله في ذلك توكيلا خاصا . ويجب أن يودع الطالب خزانة المحكمة مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد بثمن أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز ، ويكون الطلب باطلا إذا لم يستوف هذه الشروط " ولا يجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء " (م 2/1068 مدني) .

ويلاحظ أن القانون قد سوى بين الدائن والكفيل نظراً لأن لكل منهم مصلحة في الوفاء بالدين من قيمة العقار .

وقد نظمت المادة 1069 مدني مسالة البيع بان نصت على انه :

1- " إذا طُلِبَ بيع العقار وجب إتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب أو حائز . وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قُوِّمَ به للعقار "

2- " ويلتزم الراسي عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذي نزعت ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذي رسا به المزاد وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير " (م 2/1069 مدني)

ويجوز دخول المزاد من أي دائن ، كما يجوز الحائز نفسه لُيزيد عما سبق أن عرضه من ثمن . كما أن دخول المزاد يجوز لأي شخص آخر فيما ممن لا صلة له بالعقار المرهون (فلا يجوز للراهن ولا للمدين) .

كما يجوز للحائز في أي وقت قبل رسو المزاد أن يوقف إجراءات البيع بوصفه مالكا للعقار ويعرض قضاء الديون المقيدة والمصروفات ، وفي هذه الحالة لا مجال للاستمرار في الإجراءات .

ويترتب على ما سبق ذكره أن المزاد قد يرسو على للحائز إذا دخل المزاد وقد يرسو على غيره .

رسو المزاد على الحائز :

1- يرسو المزاد على الحائز إذا لم يتقدم احد بمبلغ اكبر من المبلغ السابق عرضه لتطهير العقار ، يستوي في ذلك أن يكون الحائز قد تقدم للمزاد أم لم يتقدم . وفي هذه الحالة تستقر له الملكية بموجب سند ملكيته الأصلي ولا يصبح في حاجة إلى تسجيل حكم مرسى المزاد ، وفي هذا الفرض يخسر طالب البيع مما أودعه خزانة المحكمة بقدر ما انفق في البيع من مصروفات حيث ثبت أن رفض العرض وطلب البيع جاء متعجلا عن غير ترو .

2- قد يعرض احد المزايدين مبلغا اكبر مما عرضه الحائز ، ولكن هذا الأخير (الحائز) يزيد عليه فيرسو عليه المزاد .

وفي هذه الحالة يلتزم الحائز بثمن البيع وبالمصروفات ويلتزم بأن يرد لطالب البيع قيمة ما أودعه خزينة المحكمة .

ويترتب على ذلك أن تستقر الملكية للحائز بموجب سند ملكيته الأصلي ويتم تطهير العقار مما عليه من رهون مقيدة . وإذا شاء تسجيل حكم مرسي المزاد فلا تُحَصَّلْ منه رسوم نسبية إلا عن مقدار الفرق بين ما سبق أن عرض من قيمة والثمن الذي وصل إليه المزاد .

" ويرجع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق وفي الحدود التي يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعا ". (م 1/1080 مدني) . كما أن له أن يرجع " على المدين بما دفعه زيادة عما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته ، أيا كان السبب في دفع هذه الزيادة ، ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين ، دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين " (م 2/1080 مدني)

رسو المزاد على غير الحائز :

قد يرسو المزاد على غير الحائز ، سواء كان هذا الغير هو طالب البيع أو أي دائن أو شخص أجنبي تماما عن الموضوع . وفي هذه الحالة يلتزم من رسا عليه المزاد بان يدفع الثمن بالإضافة إلى المصروفات التي أنفقها الحائز

في سند ملكيته ، وتسجيله ، وما أنفقه في الإعلانات ، وكذلك المصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير (م 1069 مدني)

وقد نصت المادة 1076 مدني على انه إذا رسا المزاد على هذا النحو فان المشتري يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد .

ويترتب على هذه القاعدة التزام الحائز في مواجهة من رسا عليه المزاد بالضمان ، والتزام الحائز برد الثمار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات فلا ترد الثمار إلا من وقت الإنذار الجديد . (م 1079 مدني) . كما ينفذ الرهن الذي يقرره الحائز . لذلك يتعين إدخال الدائنين المرتهنين من الحائز في الإجراءات حتى يسري في حقهم حكم مرسي المزاد ويطهر العقار من رهونهم .

وفي نهاية المطاف يشترط لقيام التطهير أن يقوم من رسا عليه المزاد بدفع الثمن فعلا أو إيداعه خزينة المحكمة .

المقصد الثالث : تخلية العقار :

يقدر الحائز موقفه على ضوء عزم الدائنين مباشرة التتبع في مواجهته ، وقد ينتهي إلى أن قضاء الديون المقيدة يعد أمرا خاسرا حيث يتعذر عليه الرجوع على المدين إذا كان معسرا . وقد يرى الخيار الثاني غير مجد بالنسبة له وأن أحد الدائنين أو الكفلاء سيرفض ما يعرضه من قيمة العقار .

وفي ذات الوقت يقرر الحائز عدم تحمل إجراءات البيع الجبري والعقار في حيازته . وقد يكون ذلك لأسباب أدبية تملي عليه عدم ظهور اسمه في كل هذه الإجراءات التي تمس سمعته المالية .

لذلك فتح المشرع أمام الحائز هذا الخيار الثالث وهو تخلية العقار ومعناها ترك الحيازة العرضية لشخص آخر غير الحائز[1] تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية ، دون أن يتخلى الحائز عن ملكيته

(1) حارس أو أمين .

وترد التخلية على كل العقارات المرهونة التي هي في حوزة الدائن فإذا كان قد تصرف في بعضها فان التخلية لا ترد إلا على ما بقى منها لديه

متى تجوز تخلية العقار : ووقتها وإجراءاتها :

تجوز التخلية لشخصين : أولهما ، بطبيعة الحال ، هو الحائز ، أما الثاني فهو الكفيل العيني .

وبالنسبة للحائز تجوز له التخلية حيث أنه غير مسئول شخصيا عن الدين بحسب الأصل . ولكن إذا طرأ ما يجعل الحائز مسئولا عن الدين شخصيا فلا تجوز له التخلية . ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 1063 مدني والسابق عرض حكمها(1) .

كذلك لا تجوز التخلية للحائز إذا كان قد عرض تطهير العقار ولم يسحب عرضه .

وبالنسبة للكفيل العيني تحوز التخلية . فقد نصت المادة 2/1051 مدني على انه : " إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار "

وترجع الحكمة في هذا الحكم الأخير إلى أن الكفيل العيني مسئول عن الدين في حدود العقار المرهون فحسب ، أي انه لا يلتزم شخصيا خارج هذه الحدود وبالتالي فلا مانع من أن يتخلى عن العقار المرهون . وعلى هذا الأساس فان الكفيل العيني تجوز له التخلية ولا يجوز له التطهير . لأن عقاره مقصود بالتنفيذ ومرصود له .

---

(1) إذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاكه للعقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار .
إذا كان الدين في ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا ، أو كان اقل من الديون المستحقة ، أو مغايرا لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعا أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم . ويكون الدفع وفقا للشروط التي التزم بها الحائز في أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفي الأجل المتفق عليه " (م 2/1063 مدني)

وتتم تخلية العقار عادة قبل بدء إجراءات نزع الملكية ، ومع ذلك فهي جائزة قانونا في أي وقت إلى أن يتم رسو المزاد .

أما من حيث إجراءات التخلية : فقد نصت المادة 1071 م على انه:

1- " تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وبان يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها "

2- " ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية . ويعين الحائز حارسا إذا طلب ذلك "

وبتمام التخلية تتوقف الإجراءات في مواجهة الحائز إلى أن يعين حارس تتخذ الإجراءات في مواجهته .

ويجوز للحائز رغم التخلية وحتى رسو المزاد أن يطلب قضاء الديون ومصروفات الإجراءات مستعيدا عقاره . كما يجوز له أن يدخل المزاد .

المطلب الثاني : حق التقدم (الأفضلية) :

نصت المادة 1056 مدني على أن : " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد "

ويتضح من هذا النص أن الأفضلية تتم مباشرتها بالنسبة للدائنين المرتهنين بحسب أسبقية القيد . وتجري المفاضلة على هذا النحو حتى ولو تعددت قيود حقوقهم في يوم واحد ذلك أن القيد يتم بأرقام مسلسلة بالساعة والدقيقة .

فإذا تم الوفاء بالحقوق المقيدة وبقى من الثمن – أو المال الذي حل محل العقار – أي قدر فانه يؤول إلى الدائنين العاديين ليتزاحموا فيه ولتتم قسمته بينهم قسمة غرماء .

ويستوفي الدائن المرتهن وفقا لمرتبته أصل الدين وكذلك مصروفات العقد ومصروفات القيد ومصروفات التجديد بالإضافة إلى فوائد السنتين السابقين على تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد . وتدخل هذه الملحقات في ضمان الرهن دون نص خاص عليها ، أي أنها ملحقة بالقيد بقوة القانون .

أما ما عداها من فوائد أخرى فلابد ، ليضمنها الرهن ، من ذكرها على وجه خاص في عقد الرهن وكذلك في القيد .

أحكام خاصة في مباشرة الأفضلية :

إذا كانت القاعدة العامة هي مباشرة الأفضلية وفقا لأسبقية القيد فان هناك حالات تقتضي تحديدات خاصة نعرض لها فيما يلي :

1- الدائن المرتهن رهنا رسميا من احد الشركاء على الشيوع والدائن المرتهن من جميع الشركاء :

سبق أن اشرنا إلى هذا الفرض ، الذي واجهته المادة 1039 مدني وفيه ينتقل الرهن الصادر من احد الشركاء إلى عقار آخر آل إليه بموجب القسمة ، ثم يتعارض بموجب هذا الانتقال مع رهن صادر عن جميع الشركاء في هذا العقار الثاني . وفي هذه الحالة قدر المشرع أفضلية رهن جميع الشركاء على رهن الشريك ، ولو كان الثاني (رهن الشريك) أصلا سابقا في القيد .

2- الرهن الرسمي وحقوق الامتياز العامة :

الديون التي يتمتع أصحابها بالامتياز العام لا يتعين شهرها ولو كان محلها عقارا (م 2/1134 مدني)

وهذه الحقوق تكون اسبق في المرتبة على أي رهن رسمي أيا ما كان تاريخ قيده .

ومن قبيل ذلك امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة وامتياز المصروفات القضائية (مواد 1138 و 1139 مدني) .

3- الرهن الرسمي والتامين العقاري الخاص :

إذا وجد بين الدائنين من هو مزود بتامين عقاري خاص غير الرهن الرسمي ، كحق اختصاص ، أو رهن حيازي ، أو امتياز عقاري خاص ، فانه يخضع للقيد ويخضع بالتالي لقاعدة أسبقية القيد في ممارسة الأفضلية .

ومع ذلك فان هناك حالات ثلاثة يرتب فيها القانون الأفضلية على نحو مختلف عن مرتبة القيد :

(أ) ما نصت عليه المادة 1036 مدني من إعطاء أولوية لامتياز المبالغ المستحقة للمقاول أو المهندس المعماري ، وفقا للمادة 1148 مدني ، من وقت القيد عما أضافوه من تحسينات وإنشاءات تعود بمنفعة على المالك .

(ب) ما أشارت إليه المادة 1149 من امتياز المتقاسمين وتفضيله ولو كان لاحقا على رهن صادر من شريك على الشيوع انتقل بعد القسمة إلى غير العقار المرهون أصلا .

(ج) أسبقية حق الدائن المرتهن اللاحق في القيد على صاحب حق الاختصاص الذي كان يعلم أن العقار قد سبق رهنه .

نزول الدائن المرتهن عن مرتبته :

نصت المادة 1059 مدني على انه : " للدائن المرتهن أن ينزل على مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول ، عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الاقتضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة "

ويواجه هذا النص فرض النزول عن المرتبة ومعناه انه إذا نزل الدائن المرتهن الأول عن مرتبته للدائن المرتهن الثالث مثلا فان كل منهما يحل محل الآخر في مرتبته . وهو أمر متصور في حالة أي حق عيني تبعي واجب القيد .

ويلاحظ أن النص يضع عدة شروط لصحة هذا النزول هي :

1- أن التنازل عن المرتبة لا يكون إلا لدائن مرتهن آخر حقه مقيد على ذات العقار المرهون .

2- أن المتنازل إليه يحل في المرتبة محل التنازل ولكن في حدود حق الثاني فقط لا يتجاوزه .

3- تبقى كافة الدفوع التي كانت جائزة ضد المتنازل قائمة ضد المتنازل إليه . ولا يستثني من ذلك إلا الدفع بانقضاء حق المتنازل لسبب لاحق على التنازل ، فلا يجوز التمسك به ضد المتنازل إليه .

ويتمسك بهذه الدفوع ، على نحو خاص ، الدائنون أصحاب المرتبة المتوسطة .

4- ألا يُلِحْقَ التنازل بالدائن المتوسط ضررا غير مشروع .

المبحث الرابع

انقضاء الرهن

ينقضي الرهن كأي تامين مدني بانقضاء الدين المضمون . وهو أمر منطقي نظرا لصفة التبعية التي يتسم بها الرهن الرسمي (كغيره من التأمينات) .

غير أن الرهن قد ينقضي استقلالا رغم بقاء المديونية قائمة . وفي هذه الحالة لا يؤثر انقضاء الفرع (الرهن) على الأصل (الدين) .

ونعرض فيما يلي لكل من صورتي الانقضاء : انقضاء الرهن بصفة أصلية ، ثم انقضاء الرهن بصفة تبعية .

المطلب الأول

انقضاء الرهن بصفة أصلية

أولا : النزول عن الرهن :

قد يتنازل الدائن المرتهن عن الرهن صراحة أو ضمنا . والنزول الصريح يكون بإقرار واضح في هذا الشأن ، وهو تصرف بإرادة منفردة . ويجب لكي يتم محو القيد بتقرير رسمي من الدائن أو بمقتضى حكم نهائي.

ولابد أن تتوافر في الدائن الأهلية اللازمة للإبراء من الدين ، ذلك أن النزول عن الرهن يعرضه لعدم إمكانية استيفاء حقه .

ومن أمثلة التنازل الضمني أن يضمن الدائن المرتهن لمشتري العقار المرهون خلوه من التكاليف .

ثانيا : اتحاد الذمة :

ينقضي الرهن باتحاد الذمة إذا انتقلت إلى الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون أو انتقل إلى مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمي .

ففي هذه الأحوال تجتمع في شخص واحد صفتا المرتهن وملكية العقار المرهون .

ويلاحظ مع ذلك أن العقار قد يكون مرهونا لدائنين آخرين ، وفي هذه الحالة لا ينقضي الرهن ، حيث تكون للمرتهن مصلحة في الاحتفاظ بحق الرهن الخاص به (على ملكه) لكي يحتج به على غيره من الدائنين المرتهنين إذا شرعوا في اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار .

ثالثا : هلاك العقار المرهون :

قد يرد الرهن على منشات أو مبان قائمة على الأرض . فإذا هلكت هذه الأشياء انقضى الرهن بطبيعة الحال . وإذا كان الرهن وارد على ارض ثم أقيمت عليها منشات فانه يمتد إلى المنشآت ، فإذا هلكت المنشآت بقى الرهن قائما على الأرض .

غير أن الهلاك قد يتخلف عنه مبلغ من النقود ، كتعويض من المتسبب فيه ، أو كتامين تدفعه شركة مؤمن لديها . وفي هذه الحالات ينتقل الرهن إلى المبلغ المذكور ، ولكنه لا يبقى رهنا رسميا لان الرهن الرسمي لا يرد إلا على العقارات .

المطلب الثاني

انقضاء الرهن بصفة تبعية

اشرنا إلى أن الرهن الرسمي حق تابع فإذا انقضى الدين زال الرهن . وقد عبرت المادة 1042 مدني عن هذه التبعية بقولها : " لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك " . كما نصت المادة 1082 مدني على أن : " ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين ، دون إخلال الحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها ما بين انقضاء الحق وعودته " .

بعض تطبيقات خاصة لأسباب انقضاء الدين :

1- **الوفاء** : ينقضي الدين بالوفاء ويؤدي انقضاؤه إلى زوال الرهن. غير أن هناك حالات لا يؤدي فيها الوفاء إلى هذه النتيجة وهي حالات الوفاء مع الحلول . فإذا كان الوفاء من غير المدين فقد يحل الموفي محل الدائن قانونا أو اتفاقا في الدين ، بضماناته . وفي هذه الحالة يبقى الرهن قائما .

ولكن يلاحظ أن هناك تحفظا يتعلق بالوفاء من الحائز ، فهذا الأخير إذا قام بالوفاء بالدين فانه يستفيد فقط من التأمينات المقدمة من المدين ذاته ، ولكنه لا يستفيد من التأمينات المقدمة من غير المدين (الكفيل العيني) . ومعنى ذلك أن وفاء الحائز يؤدي إلى انقضاء الرهن المقدم من الكفيل العيني دائما .

2- **الوفاء بمقابل** : يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن الوفاء بمقابل هو عملية قانونية مركبة تتضمن تجديداً للدين بتغيير المحل والوفاء بالدين الجديد .

ولذلك فان التأمينات تنقضي بالتجديد بحيث ينقضي الدين القديم بتأميناته . ولكن تظهر المشكلة إذا استحق المقابل من بين يدي الموفي له ... ففي هذه الحالة يزول الوفاء وتعود المديونية من جديد . ولكن هذه المديونية التي عادت هي مديونية الالتزام الجديد الذي لم تنتقل إليه تأمينات الدين القديم . وعلى هذا النحو فان عودة التأمينات لا تتحقق إلا إذا ترتب على الاستحقاق قيام الدائن بفسخ

الوفاء بمقابل . حيث يؤدي الفسخ إلى عودة الوضع كما كان عليه ابتداء .

3- **التجديد** : يعد التجديد سببا من أسباب انقضاء الالتزام ويترتب عليه زوال تأميناته تبعا لذلك (م 1/356 مدني) حيث لا تنتقل تلك التأمينات إلى الالتزام الجديد إلا إذا نص القانون[1] أو الاتفاق الصريح أو الضمني على بقائها (م 2/356 مدني)

فإذا كان التجديد بتغيير الدين جاز الاتفاق بين الدائن والمدين على انتقال التأمينات إلى الدين الجديد في حدود عدم الإضرار بالغير . وإذا كان التجديد بتغيير المدين جاز الاتفاق بين الدائن والمدين الجديد على بقاء التامين دون حاجة إلى رضاء المدين القديم . وإذا كان التجديد بتغيير الدائن جاز الاتفاق بين الأطراف الثلاثة على بقاء التامين .

ويلاحظ أن نقل التأمينات لا ينفذ في حق الغير إلا إذا كان الاتفاق عليه ملازما للتجديد أي معاصرا له زمنيا .

ومن ناحية أخيرة فان القواعد السابقة تتعلق بالتأمينات المقدمة من المدين .. أما التأمينات المقدمة من غير المدين فلا تنتقل إلى الدين الجديد إلا بموافقة هذا الغير (الراهن) أي الكفيل العيني .

1- **المقاصة** : ينقضي الرهن بالتبعية إذا انقضى الدين المضمون عن طريق المقاصة . ويفترض هذا الأمر توافر شروط المقاصة وتمسك صاحب المصلحة بها .

وقد ثار السؤال عن حالة قيام الدائن بدين مضمون برهن بالوفاء بدين مقابل في ذمته للراهن دون أن يتمسك بالمقاصة . وهل يجوز له التمسك بالرهن نظرا لبقاء حقه قائما قَبلْ الراهن .

---

(1) راجع م 2/355 مدني في صدد الحساب الجاري حيث تنص على انه " وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب الجاري وتم إقراره . على انه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فان هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك ".

لاحظ المشرع أن عدم تمسك الدائن المرتهن بالمقاصة وقيامه بالوفاء بما في ذمته من دين مقابل ، قد يستهدف الإضرار بالدائنين المرتهنين الآخرين على العقار المرهون فنصت المادة 369 مدني على انه : " إذا وفي المدين دينا وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق لع فلا يجوز أن يتمسك ، إضراراً بالغير ، بالتأمينات التي تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق "

وعلى هذا النحو فإذا كان الموفي قد أوفى وهو يعلم بوجود حق مقابل تتوافر فيه شروط المقاصة .. ومع ذلك لم يتمسك بها فانه لن يستطيع التمسك بالرهن الرسمي (الضامن لحقه) إضرارا بالغير .

القسم الثاني
حقوق الامتياز

-1 تنص المادة 1130 من القانون المدني على أن (1) " الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته " (2) ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون "

ومن هذا النص أن الامتياز ميزة تلحق بحق الدائن نظراً لطبيعة هذا الحق والصفة التي أولاها المشرع أهمية فيه . ومن هذا المعني فان الامتياز وما يعنيه من أولوية إنما ترتبط بالحق في ذاته وليس بصاحبه (الدائن) .

ذلك أن المشرع يعمد إلى اختياره بعض الحقوق نظرا لأهميتها من زاوية أو أخرى ويجعل منها حقوقا ممتازة . وتختلف الزاوية التي من اجلها تتقرر هذه الميزة من حالة إلى أخرى . ففي بعض الحالات يتقرر الامتياز لاعتبارات إنسانية حاصلها أن الحق ضروري لصاحبه بما يمثله من طابع حيوي بالنسبة لمقتضيات معيشته ، كما هو الحال في دين النفقة . وفي حالات أخرى يتقرر الامتياز على مال معين لأن الدائن هو الذي ادخل هذا المال في ذمة المدين ، كما هو الحال في امتياز بائع المنقول بالنسبة لما تبقى له من ثمن في ذمة المدين (المشتري) وكذلك في حالة امتياز بائع العقار ، وامتياز المقاول والمهندس المعماريين بالنسبة لما شيدوه . ومن الحقوق الممتازة ما يقوم على هدف حماية المصلحة العامة كامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة . ومن الامتيازات أيضا ما يقوم على فكرة الرهن الضمني كما هو الحال في امتياز المؤجر وصاحب الفندق على أمتعة المستأجر أو النزيل الخ .

ومن ناحية أخرى فان اعتبار بعض الحقوق ممتازة هو حكر على المشرع . فالقانون وحده هو الذي يملك إضفاء هذا الوصف وتقرير هذه الأولوية ، كما أن القانون وحده هو الذي يحدد مرتبة الامتياز الذي يقرره .

ولذلك يقرر الفقه انه لا امتياز بغير نص قانوني . فلا يجوز للأفراد الاتفاق على إنشاء امتياز لا وجود له قانونا ، كما لا يجوز للقاضي أن يقرر مثل ذلك . وإذا ما أضفى القانون صفة الامتياز على حق معين فان هذه الصفة تظل له حتى لو تغير صاحبه . وهذه النتيجة ما هي إلا نتيجة لما قررناه مبدئيا من أن صفة الامتياز تلحق بالحق ولا شان لها بصاحبه . وينبني على ذلك انه إذا تغير الدائن بسبب ما : كحوالة الحق ، أو بسبب الوفاء مع الحلول ، فان صفة الامتياز تظل ، رغم تغير الدائن ، ملازمة للدين ذاته .

2- وفي الشريعة الإسلامية تحدث الفقهاء عن بعض الحقوق الممتازة فقرروا بأن تقدم النفقة الكافية للشخص وزوجته وأبنائه ، بقدر الضرورة ، على قضاء ديونه . كما قرروا بأنه يتعلق بمال الميت حقوق أربعة مقدم بعضها على بعض ، وجعلوا في أول مراتبها مصاريف الدفن ، ثم الديون التي في ذمة الميت ، ثم وصاياه من ثلث الباقي ، وما تبقى تركة للورثة . ثم قرروا أن للمرتهن حق الامتياز على الشيء تحت يده .

ورغم أن هذه الفكرة السابقة لا تتطابق مع المفهوم الحالي للقانون الوضعي في مسألة حقوق الامتياز فإننا قصدنا من عرضنا الوجيز أن نقرر حقيقة وجود هذا النمط من أنماط الأولوية في استيفاء الدين لدى الفقهاء الشرعيين ، باعتبار تقديم استيفاء حقوق على أخرى نظرا لصفة خاصة في هذه الحقوق ، سواء لاعتبارات العدالة أو لإعتبارات إنسانية أو منطقية .

3- خصائص حق الامتياز وموقعة من الحقوق العينية التبعية :

أ- يتميز حق الامتياز ، وكما سبقت الإشارة ، بأنه لا ينشأ إلا بناء على نص قانوني ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة 1130 مدني مصري (وكذلك 2095 مدني فرنسي) وفي هذا المقام يختلف حق الامتياز عن الحقوق العينية التبعية الأخرى . فالرهن ، رسميا كان أو حيازيا ، ينشأ بالاتفاق بين أصحاب الشأن . والاختصاص ينشأ بحكم من القضاء . ومن هنا انفرد حق الامتياز بنشأته بناء على نص قانوني . ولأنه ينفرد بهذا الوضع في شان مصدره ، فان المتمتع بحق الامتياز ما عليه إلا أن يثبت ديونه تلك التي تقررت لها الأولوية ، فان اثبت ذلك كانت له الأفضلية وفقا للمرتبة التي يمنحها لها المشرع ، وفي حدود التنظيم القانوني الذي يقرره . وقد قضت محكمة النقض إعمالا للمبدأ السابق بأنه إذا كان حق الامتياز لا يتقرر إلا بمقتضى نص في القانون ، وكان القانون لم يرتب للبائع في حالة بقائه منتفعا بالعقار المبيع ، أو بجزء منه بصفته مستأجرا ، أي امتياز على العين المبيعة فان الحكم المطعون فيه يكون قد أخطا في القانون إذا اعتبر احتفاظ البائع في عقد البيع بحقه في الانتفاع بجزء من المنزل المبيع بصفته من الحقوق الممتازة

التي خولها القانون[1] . كذلك قضت محكمة النقض ، عملا بأنه لا امتياز إلا بنص في القانون ، أن اشتراط المتعاقد امتياز لحقه في التعويض لا يعتد به[2] .

وقد نظم القانون المدني الجزء الأكبر من الامتيازات في الباب الرابع من الكتاب الرابع المواد 1130 وما بعدها غير أن هناك امتيازات أخرى متفرقة نظمتها نصوص متفرقة في القانون المدني أو نصوص متناثرة في قوانين أخرى منها مثلا المواد 662 مدني و1/869 مدني و2/880 مدني بالإضافة إلى ما ورد في بعض القوانين الخاصة مثل الامتياز المقرر لأتعاب المحامي في قانون المحاماة أو الامتيازات المقررة في قوانين التأمينات الاجتماعية وقانون العمل وقانون الجمارك وقانون التجارة البحرية والقوانين المنظمة للجمعيات التعاونية .. الخ .

ب- عدم التوسع في تفسير حقوق الامتياز :

وتبني هذه الخاصة على الصفة الاستثنائية التي تصطبغ بها حقوق الامتياز . ذلك أن الأصل هو مبدأ المساواة بين الدائنين ، فلا يفضل احدهم على الآخرين ، في استيفاء دينه ، فإذا أتى القانون يميز دينا معينا لصفة فيه وأعطى لصاحبه بالتالي ، حق استيفائه قبل غيره من الديون فان هذه الميزة يجب أن ينظر إليها علي سبيل الاستثناء .

بمعنى أن ما ورد على سبيل الاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره ولا يجوز أن يقاس غيره عليه . وبناء على ذلك يتعين أن يطبق الامتياز في حدود ما ورد في شانه فقط دون توسع أو قياس على أي نحو كان . لذلك لم يكن من الممكن في ظل القانون المدني المصري القديم تقرير امتياز لحقوق النفقة ، لان القانون المدني المذكور لم يتضمن نصا بهذا الحكم ، ورغم ما كان مثبتا في كتب الفقه الإسلامي من جعل النفقة حقا ممتازا على نحو ما سبق أن اشرنا إليه .

---

(1) نقض مدني 5 مايو 1955 مجموعة مبادئ النقض في 25 عاما 1 – ص 395 .

(2) نقضم مدني 21 مايو 1964 مجموعة أحكام النقض 15 ص 1159 .

كما ان الحكم الصادر بصحة حجز ما للمدين لدى الغير لا يترتب عليه إلا وضع الدائن الذي صدر لمصلحته في نفس المركز الذي يتمتع به الدائن صاحب السند التنفيذي ولذلك فان هذا الحكم لا يخوله ملكية المبالغ التي أودعها المحجوز لديه ولا أي حق تقدم على هذه المبالغ على الحاجزين الآخرين .

وبالمقابلة لذلك فان وصف الامتياز لا يتعلق بالنظام العام ، ولذلك يجوز لصاحب الحق الممتاز أن يتنازل عن امتيازه ، فالامتياز في نهاية المطاف يحمي مصلحة صاحب الحق .

جـ - الصفة العينية في حقوق الامتياز :

ثار خلاف في الفقه حول الصفة العينية لحقوق الامتياز ذلك أن حقوق الامتياز أما أن تكون عامة ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، وأما أن تكون خاصة ترد على منقول أو عقار معين مملوك للمدين. وقد إحتد الخلاف في شان حقوق الامتياز العامة ، على نحو خاص ، لأنها لا ترد على مال معين بالذات (وكذلك الامتياز الذي يرد على الديون باعتبار أن الديون حقوق شخصية[1] .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن حقوق الامتياز العامة لا يجوز اعتبارها حقوقا عينية إلا إذا باشرها الدائن على عقار ، أما إذا باشرها على منقول فإنها تكون مجرد أوصاف تلحق بالالتزام . أما حقوق الامتياز الخاصة على منقول فان منها – عند هذا الفريق من الفقه – ما يستند إلى فكرة الرهن الضمني ، كامتياز المؤجر . وهذا النوع يعطي للدائن حقا عينيا ، ومنها مالا يستند إلى فكرة الرهن الضمني كامتياز بائع المنقول ، وفي شأنه حدث خلاف أيضا بين من قال بوجود حق عيني ومن قال بانتفائه[2] .

غير أن أغلبية الفقه في مصر وفرنسا تذهب إلى قول واحد وهو أن حقوق الامتياز سواء كانت حقوقا عامة أو حقوقا خاصة ، وقعت على عقار أو على منقول ، هي في جميع الحالات حقوق عينية . وهي دائما تخول لصاحبها حق التقدم وحق التتبع . ذلك أن المشرع المصري قد أكد هذه الحقيقة حين أودع حقوق الامتياز الباب الرابع من الكتاب الرابع والذي نظم فيه الحقوق العينية

---

(1) راجع أوبري ورو رقم 256 ، تعليق في سيري 1900-2-217 .

(2) أوبري ورو -3- رقم 256 ، راجع : شمس الدين الوكيل التأمينات ، رقم 10 ، الذي يذهب إلى أن حقوق الامتياز العام ليست حقوق عينية لأنها لا ترد على مال معين بالذات ، وكذلك الحال بالنسبة لحقوق الامتياز التي ترد على الديون باعتبار أنها ترد على حقوق شخصية ، وتقتصر الصفة العينية إذن على حقوق الامتياز الخاصة سواء وردت على عقار أو على منقول .

التبعية[1] . غير أن حقوق الدائن في التتبع والتقدم تتأثر بالضرورة ، حين ترد على منقول ، بقاعدة أن الحيازة في المنقول سند الملكية ، وبالتالي فإذا وقع الامتياز على منقول فانه لن يحتج به على من حاز هذا المنقول بحسن نية .

د- الامتياز حق تابع :

وهي خاصة من خصائص الحقوق العينية التبعية عموما . أما أن الامتياز حق تابع ، فلا جديد في ذلك ، فالامتياز أولوية تقررت لحق نظرا لصفة فيه . إذن هي وسيلة من وسائل ضمان الدائنية فإذا كان الالتزام المضمون باطلا ، أو قابلا للبطلان وقضى بإبطاله ، انقضى تبعا لذلك حق الامتياز ، كما أن الامتياز يدور ، منطقيا ، مع الالتزام المضمون في وجوده وعدمه وإذا تم الوفاء مثلا بالحق وانقضى الامتياز تبعا لذلك ، ثم أبطل الوفاء وعادت للحق حياته من جديد فان الامتياز يعود مع عودة الحق المضمون .

والامتياز في ضمانه للحق يجوز أن يرد على حق محله مبلغ من النقود ، كما يجوز أن يرد على حق محله عمل أو امتناع عن عمل معلق على شرط أو مضاف إلى اجل ، وهو ، أي حق الامتياز ، تابع لهذا الحق يتأثر بما قد يعرض له نزولا على أوصافه . وعلى هذا النحو يكون للامتياز ذات الصفة التجارية أو المدنية بحسب وصف الحق المضمون . كذلك فان المحكمة المختصة بالمنازعة في الحق المضمون هي ذاتها بحكم التبعية – المختصة بالمنازعة في الامتياز .

ه – حق الامتياز حق غير قابل للتجزئة :

ومعناه أن حق الامتياز ، كما هو الحال في الحقوق العينية التبعية الأخرى ، يبقى قائما على كل الشيء الضامن ، مادام أن جزءً من الدين لم يتم الوفاء به . فكل جزء من الدين مضمون بحق الامتياز كاملا أي مضمون بالشيء المحمل بالامتياز كله ، وكل جزء من الشيء ضامن لكل الحق الممتاز . غير أن قاعدة عدم التجزئة هي ، كما اشرنا في صدد الرهن الرسمي ، ليست من مستلزمات حق الامتياز وان كانت من مظاهر طبيعته ، لذلك يجوز

---

(1) السنهوري : رقم 659 ، سليمان مرقص ، التأمينات ، رقم 328 .

الاتفاق بين أصحاب الشأن على إعمال قاعدة التجزئة بحيث يخصص جزء من الشيء للوفاء بجزء من الدين .

4- الفروق بين حقوق الامتياز والرهن الرسمي :

نستطيع أن نستخلص من واقع العرض السابق ، سواء في صدد الرهن الرسمي أو في صدد حقوق الامتياز وبيان خصائصها ، عدة فروق هامة بين الفريقين يتمثل في النقاط التالية :

1- انه لا امتياز بغير نص في القانون ، في حين أن الرهن الرسمي لا ينشا إلا باتفاق بين أطرافه .

2- أن حقوق الامتياز قد ترد على العقارات والمنقولات معا ، وقد ترد على فريق منهما . أما الرهن الرسمي فهو بالضرورة التشريعية رهن عقاري لا يتقرر إلا على العقار.

3- أن الرهن الرسمي واجب الشهر دائما بطريق القيد في الشهر العقاري . أما حقوق الامتياز فلا يلزم شهرها إذا وردت على منقول ، ولا يلزم شهرها في حالة حقوق الامتياز العامة ولو وردت على عقار (ويلزم القيد فقط في حقوق الامتياز الخاصة العقارية[1])

4- أن القانون يرتب أولوية الدائن صاحب الرهن الرسمي بحسب أسبقية قيده في الشهر العقاري ، أي أن مرتبة الدائن المرتهن تتحدد بمرتبة قيده .

أما بالنسبة لحقوق الامتياز فان المرتبة تتحدد ، وبالتالي – الأولوية في استيفاء الحق ، بحسب صفة الدين ، وما يحدده له القانون من مرتبة في منظور الديون الممتازة الأخرى ، فدين ممتاز معين قد يقدمه المشرع وقد يؤخره عن

(1) ولذلك فهي لا تقترن بالتتبع ومع ذلك فإنها تسبق في المرتبة كل امتياز عقاري آخر وكل حق مقيد مهما كان تاريخ قيده (م 1134 – مدني) أما فيما بينها فان القانون هو الذي يحدد مراتبها ، فامتياز حقوق الخزانة العامة (م 1138 مدني) يسبق في المرتبة حقوق الامتياز العامة (م 1141 مدني) .

غيره كما يشاء . غير أن المشرع قد يسكت في بعض الحالات عن تحديد المرتبة لامتياز معين ، فان حدث ذلك فان معناه أن هذا الحق يتأخر عن سائر الحقوق الممتازة الواردة في القانون المدني م 1131 مدني وفي بعض الفروض قد تتساوى ديون عديدة في مرتبة الامتياز ، وفي هذه الحالة تستوفي هذه الديون بنسبة كل منها للآخرين المادة 1131 مدني .

أقسام حقوق الامتياز ومراتبها

5- نصت المادة 1132 مدني على أن " ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين " .

وواضح من هذا النص أن حقوق الامتياز هي على أنواع ثلاثة : حقوق امتياز عامة ، حقوق امتياز خاصة ترد على عقار، حقوق امتياز خاصة ترد على منقول ، ونُعَرِّفْ بكل منها فيما يلي :

أولا : حقوق الامتياز العامة :

6- وهي حقوق الامتياز التي تنصب في أن واحد على ما قد يكون لدى المدين وقت التنفيذ من عقارات ومنقولات . فالامتياز هنا يثقل جميع أموال المدين العقارية والمنقولة القابلة للحجز عليها . والعبرة هي بكل هذه الأموال عند التنفيذ . ولا عبرة بحالة المدين عند نشوء الحق المتمتع بالامتياز .

ويلاحظ أن حقوق الامتياز العامة تلك ، في ورودها على العقارات لا تخضع لنظام الشهر . وقد عبرت عن هذه الخاصة الأعمال التحضيرية للقانون المدني إذ جاء بها " إلا أن هناك حقوق امتياز تقع على العقار ولا تشهر . وهي حقوق الامتياز العامة فيما يقع منها على العقار " ، ولأنها لا تخضع لنظام الشهر ، على النحو السالف ذكره ، فانه لا يثبت فيها حق التتبع . وهي نتيجة منطقية لعدم الشهر أثبتتها بدورها الأعمال التحضيرية . وهو أمر منطقي لان سلطة التتبع التي عرضنا لها عند شرح أحكام الرهن الرسمي هي إحدى النتائج المترتبة على الاحتجاج بالحق العيني التبعي في مواجهة الغير . وهذا الاحتجاج لا يتيسر قانونا إلا بالالتزام بالوسيلة التي جعلها المشرع مناطا للعلم وهي وسيلة الشهر عن طريق القيد في الشهر العقاري . فإذا كان الشهر غير وارد

بالنسبة لحقوق الامتياز العامة فيما ترد فيه على العقارات ، فلا يجوز الاحتجاج بها قبل الغير ، وبالتالي وبالضرورة فلا تتبع في شانها .

والحقيقة أن هذه النتائج جميعا تتفق مع حقيقة أن الامتياز العام يرد على ما قد يتوافر في ذمته مستقبلا لحظة التنفيذ . وبتعبير آخر ليس للامتياز العام عند تقريره من محل محدد ومعين بالذات . وعلى هذا النحو فلا يكون لصاحب الامتياز أي تتبع عن مال محدد[1] .

وكل ما يبقى له هو تلك الأولوية التي يقررها القانون لدينه ، بحيث لا يخضع عند التنفيذ لمزاحمة الدائنين العاديين أو لما يعانونه من قسمة الغرماء .

وقد عدد القانون المدني في المادة 1141 حقوق الامتياز العامة وجعلها فرقا ثلاث :

أ- المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس في الستة أشهر الأخيرة .

ب- المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر عن الستة أشهر الأخيرة .

جـ- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة أشهر الأخيرة

ثانيا : حقوق الامتياز الخاصة التي ترد على عقار[2] :

7- وينصب هذا الامتياز على عقار معين من عقارات المدين . ولان الامتياز ينصب على عقار معين فقد أخضعه القانون لأحكام الرهن الرسمي : فالامتياز واجب القيد ، كما انه يخول لصاحبة سلطة التتبع . وقد نصت على

---

(1) ومعنى ذلك أن المدين إذا تصرف في عقار من العقارات الخاضعة للامتياز فان هذا العقار يخرج عن وعاء التنفيذ ، ولا يكون للدائن إلا أن ينفذ على ما تبقى في ذمته من أموال وقت التنفيذ . مع ملاحظة حكم المادة 1139 في شان التتبع في امتياز مستحقات الخزانة العامة . حيث نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على استيفاء المبالغ المستحقة للخزانة العامة قبل أي حق آخر من ثمن الأموال المثقلة بامتياز مستحقات الخزانة العامة في يد كانت .

(2) يلاحظ أنه لا يوجد امتياز على كل عقارات المدين دون منقولاته كما لا يوجد امتياز عام على منقولات المدين دون عقاراته .

هذه الأحكام المادة 1134 " تسري على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسري عليها بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من أثار وما يتصل به من تجديد ومحو " ويعرف القانون المدني ثلاثة حقوق امتياز خاصة على عقار وتتمثل في :-

أ- امتياز بائع العقار لما يستحق له من الثمن وملحقاته

ب- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين على المنشات التي أقاموها بالنسبة لمستحقاتهم عما قاموا به من أعمال .

جـ- امتياز الشريك المتقاسم في العقار تأمينا لما يستحق له نتيجة القسمة .

ثالثا : حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول :

8- وهي تنصب على منقول معين . والأصل في هذا الامتياز انه يخول صاحبه سلطتي التقدم والتتبع . ومع ذلك فان الاستفادة الفعلية من سلطة التتبع قد تصدم بإعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

فإذا آل المنقول المثقل بالامتياز إلى شخص حازه بسبب صحيح وكان حسن النية فان التتبع لن يجدي في مواجهة هذا الحائز " فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية فانه يكسب الملكية خالصة منها " م 3/976 من القانون المدني " . وقد أكدت على هذا الحكم المادة 1/1133 مدني بقولها انه : " لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية "[(1)].

ويلاحظ أن فقدان الدائن لميزة التتبع يؤدي بالضرورة إلى فقدانه لميزة التقدم ، فالتتبع ما هو إلا الوسيلة القانونية للوصول إلى الشيء المحمل بالضمان سعيا إلى التنفيذ عليه وبيعه بالمزاد العلني واستيفاء الحق من ثمنه ، أما وقد تعذر على الدائن أن يتتبع المنقول تحت يده حائزة حسن النية ، فان

(1) ويعتبر حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة للمنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة للأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه (م2/1133)

تخلف الوسيلة يحول بينه وبين الوصول إلى غايته وهي البيع والتقدم في الثمن .

أما إذا تخلفت في الحائز شروط الحيازة السابق الإشارة إليها فان للدائن أن يمارس وسيلة التتبع وصولا إلى غاية التنفيذ ثم ميزة التقدم والأفضلية في استيفاء حقه .

وعلى هذا النحو السابق يبدو هاما وخطيرا قيام المدين بالتصرف في المنقول محل الامتياز إلى الغير الذي قد تتوافر له شروط الحيازة الصحيحة . ولذلك قد أجاز المشرع في المادة 1/1133 مدني للدائن إذا خشي لأسباب معقولة تبديد المنقول لأي سبب من الأسباب أن يطلب وضعه تحت الحراسة مبديا أمام القاضي الأسباب الجدية . وللقاضي أن يقدر في كل حالة على حدة مدى جدية هذه الأسباب وكفايتها للاستجابة لطلب الدائن أو رفضه .

وقد حدد القانون المدني حقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقول وحدد مراتبها . ومنها ما يأتي في المرتبة سابقا على حقوق الامتياز العامة وهي ثلاثة :

أ- امتياز المصروفات القضائية

ب- امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة

جـ- امتياز مصروفات حفظ وترميم المنقول .

أما باقي حقوق الامتياز الخاصة على المنقول فهي تاتي في مرتبة متأخرة عن حقوق الامتياز العامة وهي :

أ- امتياز المبالغ المنصرفة في البذور وأعمال الزراعة والحصاد وفي مقابل الآلات الزراعية

ب- أجرة المباني والأراضي الزراعية

جـ- امتياز بائع المنقول بالنسبة للثمن وملحقاته

د- امتياز متقاسم المنقول بالنسبة لما استحق له نتيجة القسمة .

رابعا : مراتب حقوق الامتياز :

10- رتب مشرع القانون المدني حقوق الامتياز حسب درجاتها فبدأ بحقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة التي تقع على منقول . وقد بدأ بالمرتبة الأولى فأولاها لامتياز المصروفات القضائية ، وهو بذلك جعل هذا

الامتياز ، وهو امتياز يقع على منقول[1] ، يسبق كافة الحقوق الممتازة الأخرى ، يليه في المرتبة الثانية امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العامة ، ثم امتياز الحفظ والترميم . وهذه الحقوق الثلاثة هي حقوق امتياز تقع على منقول . يأتي بعدها في الترتيب حقوق الامتياز العامة ، ثم امتياز مصروفات الزراعة ، ثم امتياز المبالغ المستحقة مقابل آلات الزراعة ، ثم امتياز المؤجر فامتياز صاحب الفندق ، فامتياز بائع المنقول ، فامتياز متقاسم المنقول . ثم حقوق الامتياز الخاصة على العقار وهي امتياز بائع العقار بالثمن وملحقاته ، امتياز المقاول والمهندس المعماري ، ثم امتياز متقاسم العقار . وتتحدد مراتب حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار وفقا لتاريخ قيدها كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي[2] .

ونعرض في الفصول التالية لأنواع الحقوق الممتازة ملتزمين في عرضها بذات ترتيب أولوياتها كما وردت في القانون المدني .

الفصل الأول
حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

اشرنا فيما سبق إلى أن بعض حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول يأتي في مرتبة متقدمة على حقوق الامتياز العامة ويأتي بعضها الآخر في مرتبة متأخرة .

ولذلك اقتضى الأمر بحثها جميعا في فصل واحد وفق ترتيب أولوياتها ، أي بدء بحقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقول والمتقدمة في المرتبة ، تليها حقوق الامتياز العامة ، تليها حقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقول والمتأخرة في المرتبة بعد حقوق الامتياز العامة .

المبحث الأول
امتياز المصروفات القضائية

(1) لأنه يرد على الثمن الذي يرسو به المزاد عند بيع أموال المدين ويكون خاصا إذا ورد التنفيذ على مال معين للمدين ، ويكون عاما إذا ورد التنفيذ على كل أموال المدين .

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني .

11- نصت على هذا الامتياز صاحب المرتبة الأولى من بين الحقوق الممتازة جميعا ، المادة 1138 من القانون المدني :

1- المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها لها امتياز على ثمن هذه الأموال .

2- وتستوفي هذه المصروفات قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي ، بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع "

ويستند تقرير هذا الامتياز إلى اعتبارات العدالة . فهو يميز المبالغ التي أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة عن غيرها من الديون ، ويقرر لها الأولوية في الاستيفاء . ومن قبيل هذه المصروفات نفقات الحجوز التحفظية ، والحراسة ورفع دعوى غير مباشرة ومصاريف دعوى الاستحقاق لرد الشيء إلى ذمة المدين ، والحجز التنفيذي وإجراءات نزع الملكية ، وتوزيع حصيلة البيع . فكل هذه المبالغ ليست لمصلحة خاصة لواحد فقط إنما تكون الفائدة من ورائها قد عادت إليهم في صورة وصولهم إلى حقوقهم ، أو جزء من هذه الحقوق في حالة قسمة الغرماء . ولذلك يتعين على هؤلاء الدائنين أن يسددوا هذه المبالغ لمن أنفقها أولا قبل أن يقتسموا حصيلة البيع .

شروط تحقق الامتياز :

12- يتعين لتوافر هذا الامتياز ثلاثة شروط :

الشرط الأول :

أن تكون المصروفات قد أنفقت في مجموعة الإجراءات التي تستهدف المحافظة على مال المدين وصولا إلى بيعه وتقسيم ثمنه بين الدائنين وقد اشرنا فيما سلف بيانه إلى أمثلة عديدة لهذه الإجراءات . ولكننا نضيف في هذا المقام تحديدين هامين : الأول مفاده انه لا يدخل في نطاق هذا الامتياز ما ينفق على حفظ أموال المدين من التلف المادي أو ترميمها ، ذلك أن مثل هذه النفقات

تدخل ضمن امتياز آخر هو امتياز الحفظ والترميم[1] . ذلك أن المقصود في امتياز المصروفات القضائية هو تقرير أولوية للديون التي تنشا عن الحفظ القانوني لأموال المدين في إطار الهدف المشترك لجماعة الدائنين من التنفيذ . أما الثاني : فمفاده أن تعبير المصروفات القضائية لا ينحصر فقط في الإجراءات القضائية بالمعنى الضيق وهي إجراءات الحجز والبيع ، بل يمتد ليشمل مصروفات العمليات غير القضائية الملحقة واللازمة لإجراءات الحجز والبيع والتوزيع ، مثل المصروفات اللازمة لوضع الأختام أو تحرير محاضر الجرد لحصر أملاك المدين أو تحرير محاضر حصر التركة ، إجراءات القسمة ، وتصفية التركة. ولا يشترط أن تكون الإجراءات قد اتخذت بناء على طلب احد الدائنين .

الشرط الثاني :

أن يكون الإنفاق قد تم في سبيل المصلحة المشتركة للدائنين . والهدف من هذا الشرط هو تحديد أن الامتياز لا ينصرف إلى مصروفات أنفقت في مصلحة خاصة لدائن معين . فإذا رفع احد الدائنين مثلا دعوى لتحقيق دينه وحكم له به فان المصروفات القضائية التي تم صرفها في هذا النطاق ليست دينا ممتازا لأنها أنفقت لمصلحة الدائن الخاصة وليس لمصلحة الدائنين جميعا . ولكنه أي هذا الدائن ، إذا تجاوز مرحلة الحصول على الحكم وقام بتوقيع الحجز التنفيذي على أموال المدين وقام بإجراءات البيع فان هذه المصروفات الأخيرة تعتبر دينا ممتازا لأنها تجاوزت مصلحة الدائن الخاصة لكي تصب في مصلحة جماعة الدائنين فان الامتياز ينشا ولكن يحتج به فقط على الدائنين الذي استفادوا من الإجراءات المتخذة إذا كانت قد اتخذت لمصلحة البعض دون البعض الآخر .

ومسالة ما إذا كان الإجراء قد اتخذ لمصلحة خاصة بدائن معين ام أنها أنصرف لمصلحة الجميع هي مسألة يقدرها القاضي في كل حالة وفقا لما يقدره من ظروف هذه الإجراءات وما انتهت إليه من نتائج ويمكن إثبات المصلحة بكافة الطرق ولو بقرائن الأحوال .

---

(1) السنهوري : رقم 672 ، احمد سلامه ، دروس في التأمينات المدنية رقم 253 .

ويلاحظ أخيرا أن المبالغ التي تصرف في مصلحة الدائنين العاديين فحسب لا تعتبر حقوق ممتازة بالنسبة لحقوق الدائنين المرتهنين .

الشرط الثالث :

يجب أن تكون الإجراءات التي تم انفاق المصروفات في انجازها قد تمت وفقا للقانون . ومعنى ذلك أن يكون الإجراء لازما من الناحية القانونية فان لم يكن كذلك وقام شخص بإجرائه من قبيل التزيد والتطوع فان ما ينفق فيه لا يعد دينا ممتازا . وتطبيقا لذلك فان الإجراءات التي يقوم بها المأمور القضائي ، أو الخبير ، كل في حدود ما يختص به من إجراءات تكون مصروفاتها حقوقا ممتازة وقد سبق أن عددنا أمثلة كثيرة منها .

أما إذا قام شخص ليست له إحدى الصفتين السابقتين مثلا بإجراء تصفية ودية لأموال المدين دون أن يحصل على توكيل من كل أصحاب الشأن ، فان ما ينفقه هذا الشخص من مصروفات لا يتمتع بوصف الامتياز.

محل الامتياز :

13- يقع امتياز المصروفات القضائية على ثمن الأموال التي تم الصرف من اجل المحافظة عليها أو بيعها . وهو الثمن الذي يرسو به المزاد نتيجة التنفيذ عليها . وينحصر الامتياز في ثمن هذه الأموال فقط ولا يتعداها إلى غيرها . ويستوي أن تكون الأموال – المشار إليها عقارا أو منقولا أو الاثنين معا . ولان الامتياز يرد على الثمن الذي بيعت به تلك الأموال ، ولا يرد على الأموال ذاتها فانه ، أي هذا الامتياز يصنف على انه امتياز منقول ، ولو كان الثمن هو من حصيلة بيع أموال كلها من العقارات . ومن ناحية ثانية فان هذه الامتيازات تقع عادة على أموال محددة ، عقار أو منقول بيعت وتحولت كلها إلى أثمان (أي منقولات) فيقع الامتياز على هذه المنقولات[1] . ويكون امتيازاً خاصا على منقول . وفي حالات قليلة قد يقع امتياز المصروفات القضائية على كافة الأموال المملوكة للمدين ، وفي هذه الحالة ترد أولوية الدائن على ثمن كل هذه الأموال ويكون الامتياز في هذه الحالة على الثمن الذي يمثل حصيلة بيع كل هذه الأموال .

---

(1) السنهوري ، رقم 673 .
السنهوري رقم 1673

مرتبة امتياز المصروفات القضائية :

14- حدد المشرع هذه المرتبة بأنها الأولي ، بمعنى أن المصروفات القضائية تستوفي قبل غيرها من الديون من ثمن الأموال التي أدت إلى إنفاقها . ولا فرق بين أن تكون هذه المصروفات مستحقة لفرد عادي أو للحكومة ، أو لمأمور قضائي ، أو خبير .

ومعنى الأولوية كما هي محددة ، لامتياز المصروفات القضائية أن الحق الممتاز يتم استيفائه قبل أي حق آخر ، ولو كان هذا الحق الآخر ممتازا أو مضمونا برهن ، بما في ذلك أسبقيته حتى عن استيفاء حقوق الدائنين الذي أنفقت المصروفات القضائية في مصلحتهم فقد نصت المادة 2/1138 مدني على أن " تستوفي هذه المصروفات قبل أي حق أخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم " . ومعنى ذلك أن ثمن البيع إذا لم يكن كافيا إلا للوفاء بهذه المصروفات فان الأمر يقف عند هذا الأمر ولا يبقى شيء لغير صاحب المصروفات القضائية .

أما إذا كانت حصيلة البيع غير كافية للوفاء بكامل المصروفات القضائية فقد أضافت المادة 2/1138 سالفة الذكر أن تتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال في هذا النص من مصروفات الحفظ بالإضافة إلى مصروفات إجراءات البيع بالمعنى الصحيح ، حيث يتقدم ما ينفق فيها[1] على ما انفق من مصروفات في التوزيع . وأخيرا يلاحظ انه إذا تزاحم الدائنون بمصروفات الحفظ والبيع فأنهم يتساوون ، فان تعددوا تم التوزيع بينهم أيضا بالتساوي بنسبة ما أنفقه كل منهم . ثم يأتي بعدهم دائنو مصروفات التوزيع ، فان تعددوا تم التوزيع بينهم أيضا بالتساوي بنسبة ما أنفقه كل منهم.

المبحث الثاني

امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة

15- نصت المادة 1139 مدني على أن :

(1) أي أنهما متساوون فيما بينهما في المرتبة .

1- المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والأوامر الصادرة في هذا الشأن .

2- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي ، عدا المصروفات القضائية " ويستند هذا الامتياز إلى اعتبارات حماية مصلحة عامة ، فهذه المصلحة تقتضي أن يتوافر للدولة ضمان تحصيل مستحقات خزانتها العامة ، والتي يعود نفعها في نهاية المطاف على كافة الناس .

وينصب الامتياز على ثمن الأموال التي يثقلها وفقا للقوانين الخاصة به . وهذه الأموال هي في العادة من المنقولات كالمحاصيل الزراعية والأمتعة . غير أن الامتياز قد يمتد أحيانا فيثقل عقارا للمدين ، وفي هذه الحالة الأخيرة يصبح الامتياز عقاريا بطريقة عرضية[1] ومن أهم صور هذا الامتياز ما يتقرر ضمانا للضرائب العامة كضريبة الإيراد العام ، وضريبة العقارات المبنية والضرائب على الأرباح الصناعية والتجارية وأرباح المهن الحرة وكسب العمل والتركات وغيرها مما تنص عليه القانونين المختلفة والمتناثرة[2] .

ويلاحظ أن هذا الامتياز لا يتقرر إلا بناء على نصوص قانونية تقررها في كل حالة من حالاتها . وعلى ذلك فإذا كانت الحكومة دائنة لشخص ما بمبالغ معينة ولكن لم يتوافر نص قانوني يجعل من هذه الحقوق ديونا ممتازة فان الامتياز لا تقوم له قائمة . ولذلك فان المادة 1139 مدني لم تفعل سوى تقرير المبدأ ، أما تطبيقه فيتوقف على وجود قانون يقرر الامتياز للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام وفق نص محدد فيه .

الشهر والتتبع :

---

(1) السنهوري : رقم 675

(2) يلاحظ أن هذا الامتياز قد يكون امتيازا خاصا إذا ورد على أموال معينة للمدين كما هو الحال في امتياز ضريبة عقار مبني أو ارض زراعية ، وقد يكون امتيازا عاما يرد على جميع أموال المدين المنقولة والعقارية كما هو الحال في امتياز ضريبة إيرادات رؤوس الأموال المنقولة والإيراد العام وكسب العمل والأرباح التجارية .

16- أعفى المشرع امتياز الخزانة العامة من واجب الشهر إذا ورد على عقار من عقارات المدين . ورغم هذا الإعفاء فان المادة 2/1139 مدني أعطت للدائن (الحكومة) سلطة تتبع المال تحت أي يد يذهب إليها . والمقصود بالتتبع في هذا المقام هو تتبع العقار ، رغم عدم الشهر . أما إذا كان الامتياز واردا على منقول فان التتبع قد يتعذر ممارسته بفعل قاعدة أن الحيازة في المنقول سند الملكية ، وبالتالي لا يحتج بالامتياز على من حاز منقولا بسبب صحيح وكان حسن النية "

مرتبة الامتياز :

17- يأتي هذا الامتياز في المرتبة الثانية بعد المصروفات القضائية وإذا أوفى شخص غير المدين بما هو مستحق من حقوق وضرائب للخزانة العامة فان من حقه أن يحل محل الحكومة في حقوقها موصوفة بوصفها الممتازة .

المبحث الثالث

امتياز مصروفات الحفظ والترميم

18- نصت المادة 1145 مدني على أن :

1- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم ، ويكون لها امتياز عليه كله .

2- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة . أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها (م 1140 مدني) . وهذا الامتياز يرد إذن على المنقول الذي تم حفظه أو ترميمه ، وهو يرد على كامل قيمته وليس فقط على القيمة التي زادت بسبب الحفظ والترميم ، لذلك حرصت الفقرة الأولى من المادة 1140 على القول بان الامتياز يرد على المنقول كله .

وهذا الامتياز هو بحكم القانون امتياز خاص يرد على المنقول ، فهو لا يرد عقار(1) ، وقد استهدف المشرع من تقريره تمييز من قام بالإنفاق على حفظ المنقول وترميمه في استيفاء ما أنفقه مفضلا على غيره من الدائنين . ذلك أن هذا الإنفاق كان له الفضل في المحافظة على المنقول وإثراء قيمته التي عادت في نهاية المطاف – عند التنفيذ – بالفائدة على جميع الدائنين . فلولا هذه المصروفات لهلك المنقول أو على الأقل تدهورت قيمت الاقتصادية . بل يدخل في الامتياز ما ينفق للمحافظة على المنقول من الضياع باعتبار أن ذلك يدخل في عموم الحفظ .

ومن الأمثلة على هذا الامتياز أجرة الميكانيكي الذي يصلح السيارة أو الساعات ، والنجار الذي يصلح أثاث البيت ، والأموال التي تنفق لإنقاذ مال من الحريق أو الغرق ، أتعاب السنديك ، ومصفي التركة ، وأتعاب الحراسة

---

(1) وفي هذا الخصوص يختلف مذهب القانون المصري الحالي عن مسلك القانون المدني القديم الذي كان يجعل من هذا الامتياز منقولا – وعقاريا دون تفرقة . وقد كان هذا المسلك الجديد منتقدا من جانب بعض الفقه .

ويبدو أن المشرع المصري اكتفى في شان العقارات بتقرير امتياز للمقاول والمهندس المعماري ضمانا لاستحقتاتهما في الترميم والصيانة (م 1148 مدني) .

ومصروفات إدارة الحارس للأموال المسلمة إليه ، وما ينفقه الوكيل لتحصيل الديون .

ولا يشترط أن تكون الأموال قد أنفقت بقصد حفظ الشيء بل يكفي أن تؤدي فعلا إلى هذه النتيجة . ويلاحظ بهذه المناسبة أن هناك من المصروفات ما يؤدي إلى زيادة قيمة المنقول أو زيادة منفعته ، وهذه المصروفات طالما أنها لم تؤدي إلى الحفظ أو الترميم فإنها لا تعد حقوقا ممتازة . ولذلك فان أقساط التامين على الشيء التي يدفعها شخص لمصلحة مجموعة الدائنين لا تعد حقوقا ممتازة ، لان التامين لا يحافظ على الشيء ضد التلف أو الضياع إنما يعطي لصاحب الشيء الحق في الحصول على قيمته نقدا عند حدوث الخطر المؤمن عليه . كذلك لا يعد دينا ممتازا القرض – الذي يحصل عليه صاحب محل تجاري مثلا حتى لو ترتب على القرض فيما بعد حفظ المحل التجاري من التلف أو الهلاك ، لان المشرع لم يقرر له حق امتياز ، وكان في إمكانه أن يحصل على رهن اتفاقي وفقا للقانون في هذا الخصوص[1] .

محل الامتياز :

19- يرد هذا الامتياز على المنقول الذي أنفقت المصروفات في حفظه وترميمه .

ولا يشترط أن يكون المنقول عند القيام بالترميم أو الحفظ في حيازة الدائن[2] ، إذ يستوي أن يكون في حيازة المدين أو في حيازة الغير ، والمهم أن يتم الانفاق على الحفظ والترميم كما يتصوره القانون المدني . غير أن هذا الامتياز يفترض لكي يستمر قائما أن يظل المنقول على حالته بمعنى ألا تتغير ذاتيه ، فإذا تغيرت حالته المادية بحيث زالت معالمه الأصلية فان الامتياز يزول تبعا لذلك . ومن قبيل ذلك أن يندمج المنقول المثقل بالامتياز في عقار فيصبح جزء من هذا العقار . ففي مثل هذه الحالة لم يعد هناك منقول يحمل بالامتياز . ولكن إذا خصص المنقول لخدمة العقار بحيث توافرت فيه شروط العقار بالتخصيص فانه يبقى قائما كمحل للامتياز لأن مجرد التخصيص لا يفقد المنقول ذاتيته . ولكن هذا الحكم الأخير مشروط بالا يكون العقار الذي خصص

---

(1) كامل مرسي ، رقم 408

(2) لأن هذا الامتياز لا يقوم على فكرة الرهن الضمني .

المنقول لخدمته مرهون رهنا رسميا ، إذ في هذه الحالة يدخل المنقول المخصص (العقار بالتخصيص) في وعاء الرهن الرسمي ، ويزول بالتالي الامتياز عنه .

مرتبة الامتياز :

20- هي المرتبة الثالثة كما سبق الإشارة . وفي حالة تزاحم أصحاب امتياز الحفظ والترميم ، فان الأولوية في الاستيفاء تكون للمتأخر في نشأته على المتقدم في هذه النشأة . وهو ما عبرت عنه المادة 2/1140 مدني بقولها : " أما فيما بينها فيتقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها " والحكمة من تقرير هذه القاعدة أن آخر مصروفات تم إنفاقها في الحفظ والترميم كانت هي السبب في إنقاذ ما تم صرفه قبلها – لذلك كانت أولى بأولوية الاستيفاء عند التزاحم .

المبحث الرابع

حقوق الامتياز العامة

21- تنص المادة 1141 مدني على أنه :

1- يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار :

أ- المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورعايتهم من أي نوع كان عن الستة أشهر الأخيرة .

ب- المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعولهم من مأكل وملبس في الستة أشهر الأخيرة

جـ- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة أشهر الأخيرة.

2- وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها . ويلاحظ على هذه الحقوق " أن المشرع كما سبق أن اشرنا قد أعفاها من الشهر على أساس أنها حقوق امتياز عامة ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار سواء كانت أموال مادية ، أو غير مادية (كديون المدين قبل الغير) . وقد أشارت إلى الإعفاء من الشهر المادة 2/1134 " حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لا يجب فيها الشهر . ولا يثبت فيها التتبع ، فإذا ورد الامتياز على منقول ثبت في شانه التتبع مع ما قد يصطدم به من اثر مسقط بسبب قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا توافر لصاحبها حسن النية والسبب الصحيح .

ويرد هذا الامتياز في المرتبة الرابعة كما اثبت نص المادة 1141 فقرة 2 فإذا تزاحمت الحقوق المشار إليها فيما بينها تكون معاملتها على قدم المساواة بحيث يكون الوفاء بها كل بنسبته إلى الديون الأخرى . ومن قبيل ذلك أن يتزاحم دائن بنفقة مع دائن باجر مع دائن بثمن مأكل أو ملبس . الخ ونعرض فيما يلي لحالات حقوق الامتياز العامة .

أولا : أجور الخدم والكتبة وكل أجير آخر :

22- وتشمل هذه الحالة حقوق الإجراء بصفة عامة – وقد ثار جدل في الفقه حول المقصود بالأجير الذي يتمتع بالامتياز المشار إليه . فقد ذهب رأي أول إلى أن الأجير هو العامل بالمعني الدقيق وفقا لما تقتضيه قواعد قانون العمل . وعلى هذا النحو فلابد أن يكون الشخص قد أدى عملا لحساب المدين وان يكون أداؤه لهذا العمل قد تم في إطار رابطة التبعية القانونية بما تعنيه من

إشراف وتوجيه وسلطة في إعطاء الأوامر والتعليمات. فإذا كان من يؤدي العمل يؤديه على نحو مستقل دون رابطة التبعية ، كالمقاول مثلا ، فانه لا يعد أجيرا ولا يتمتع أجره بالامتياز المقرر في القانون المدني . ويذهب الرأي الثاني ، معتمدا على بعض ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ، إلى أن الأجير هو كل من يقدم عملا للغير في مقابل اجر دون أن يخضع بالضرورة لمفهوم علاقة التبعية بمعناها الدقيق .

وتبدوا أهمية هذا الخلاف في صدد أجر المقاول ، أو اجر الوكيل ، وهل له امتياز أم لا . حيث يحرم من الامتياز وفقا للرأي الأول ويتمتع به وفقا للرأي الثاني .

ونعتقد أنه فيما عدا حالة المقاولة فانه يمكن حصر وجه الخلاف بين الرأيين . وفي تقديرنا أن اجر المقاول لا يدخل ضمن حالات الامتياز ذلك أن القانون المدني إنما يتحدث عن حقوق الإجراء بالمعني الذي يؤدي فيه شخص عملا في مقابل اجر له طابعه الحيوي بالنسبة إليه ، حيث يعتمد عليه في معيشته هو وأسرته .. وهو مالا تستجيب له عقود المقاولات من حيث المبدأ . فإذا ما استبعدنا اجر المقاول ، فإننا نعتقد أن كل أجير آخر ، حتى لو كان وكيلا مأجورا ، يتمتع بالامتياز .

وعلى هذا النحو يتمتع بالامتياز كل من يقدم عمله لشخص المخدوم وأسرته كالطاهي والخادم ، والكاتب ، والسكرتير الخاص ، وعامل الزراعة ، والخولي ، والبستاني ، والممرضة ، ومربية الأطفال والخفير ، وسائق السيارة ، والبواب[1] .

ويستوي في كل ذلك أن يكون العامل مقتصرا على خدمة صاحب العمل أو انه يعمل أيضا لحساب أشخاص آخرين . كما يستوي أن يؤدي عمله بالشهر أو بالأسبوع أو باليوم أو بالساعة . ويستوي أن يكون العامل مازال في الخدمة أم تركها .

الديون المضمونة بامتياز الإجراء:

---

(1) كذلك عمال المطابع والمصانع والمتاجر وكتبة المحامين .. الخ
وبالجملة كل من يؤدي عملا تابعا لحساب غيره ، ولكن لا يعد أجيرا الشريك أو الوكيل بالعمولة .

23- واضح من النص أن الامتياز ينصرف إلى الأجور والمرتبات وبالتالي فهو لا ينصرف إلى كل المستحقات أيا كان وصفها بل لابد أن يتوافر للحق وصف الأجر أو المرتب ويدخل في مفهوم الأجر المرتب الأساسي مضافا إليه الملحقات المستحقة للعامل ، ومن هذا القبيل المكافأة ، اجر ساعات العمل الإضافي ، علاوة غلاء المعيشة ، البدلات المقررة للانتقال أو الاغتراب أو السفر أو المسكن . فجميع هذه العناصر تدخل في مفهوم الأجر بالمعنى الواسع المقصود في هذا المقام .

أما ما لا يدخل في مفهوم الأجر فلا يدخل تحت مظلة الامتيازات وعلى هذا النحو لا يعد دينا ممتازا المبالغ التي يدفعها العامل على سبيل الضمان أو الكفالة العينية ويرغب في استردادها . كذلك الحال بالنسبة لما قد يستحق له من تعويض بسبب فصله بدون مبرر أو على نحو غير قانوني . ومكافأة نهاية الخدمة ، والمصروفات التي يتكبدها في دعوى قضائية أقامها ضد صاحب العمل حتى ولو كانت الدعوى للمطالبة باجر متأخر ، وكذلك استرداد ما دفع لصاحب العمل بغير وجه حق ، أو استرداد ما اقرضه للمنشاة .

ب- ومع ذلك فقد جاء قانون العمل رقم 137 لسنة 1981 بحكم خاص عدل به المادة 1141 مدني :

فقد نصت المادة الخامسة من قانون العمل المشار إليه على أن " يكون للمبالغ المستحقة للعامل أو للمستحقين عنه بمقتضي أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار .. " ووجه التعديل الذي جاءت به المادة الخامسة هو تعميم نطاق الحقوق الممتازة بحيث لا تقتصر على الأجر وملحقاته بل تشمل أيضا كافة المبالغ التي تستحق للعامل أو (للمستحقين عنه) حتى ولو لم تكن أجرا بالمعنى الصحيح طالما استحقت وفقا لأحكام قانون العمل ، وعلى هذا النحو يكون دينا ممتازا التعويض عن الفصل التعسفي لأنه يستحق وفقا لقانون العمل ، وكذلك مكافأة نهاية الخدمة ومقابل الإجازة السنوية .

ولكن يتعين أن نلاحظ في هذا المقام أن هذا التوسع في الحقوق المضمونة بالامتياز إنما يقتصر فقط على الفئات الخاضعة لأحكام قانون العمل ولا يمتد إلى مستحقات الفئات المستثناه من هذا القانون . وهذا التوسع لا يشمل إذن عمال الحكومة أو القطاع العام ، عمال الخدمة المنزلية ومن في حكمهم ،

أفراد أسرة صاحب العمل . فهذه الفئات الأخيرة تبقى خاضعة لحكم المادة 1441 مدني في شأن حق الامتياز ولا تتمتع به بالتالي إلا في حدود الأجر وملحقاته التي تعد قانونا جزء منه .

جـ- أن الامتياز في القانون المدني لا يضمن سوى اجر العمال عن الستة أشهر الأخيرة ، فهو لا يضمن أجورا ابعد من هذه المدة . ومدة الستة أشهر هي تلك السابقة على الحجز . وتحسب هذه المدة في حالة الإعسار أو الإفلاس أو وفاة المدين بدء من تاريخ الحادث الذي أدى إلى تصفية أموال المدين . ويلاحظ هنا أيضا انه بالنسبة للعاملين الخاضعين لقانون العمل فان المادة الخامسة جاءت مطلقة في تقريرها للامتياز دون أن تحدد قيدا زمنيا يتعلق بمدة استحقاق المبالغ قبل صاحب العمل .

غير أن المادة 378 مدني تقرر تقادما مسقطا بالنسبة للأجور والمرتبات هو التقادم الحولي (أي سنة واحدة)[1] ولذلك فان هذه المدة تعد الحد الأقصى بالنسبة للتمتع بالامتياز في الحالات الخاضعة لقانون العمل وفقا للمادة الخامسة منه .

أما في الحالات الخاضعة للقانون المدني (م 1141) فان حقوق العامل في أجره تكون متمتعة بالامتياز عن الستة أشهر الأخيرة ، أما الستة أشهر السابقة عليها (والتي تكتمل مدة التقادم الحولي المسقط لالتزام صاحب العمل) فان الأجور الخاصة بها تبقى دينا عاديا بغير امتياز .

ثانيا : حقوق الموردين :

24- وهو ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة 1141 " المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس في الستة أشهر الأخيرة "

ويستند تقرير هذا الامتياز إلى الرغبة في تدعيم ثقة الموردين في المدين حتى يتسنى له الحصول منهم على ضروريات حياته من مأكل وملبس ، خاصة وان فائدة هذا الامتياز لا تظهر بوضوح بالنسبة للدائن ، إلا إذا كانت

---

(1) وهو تقادم يقوم على قرينة الوفاء ، لذلك نصت المادة 2/378 مدني على أن يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف يمينا على انه أدى الدين فعلا وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه .

أحوال المدين المالية قد أصابها الاضطراب والتدهور . ويمتد الامتياز إلى ثمن ما يتم توريده للمدين ومن يعولهم من زوجة وأبناء أو أصول أو خدم(1) .

شروط الامتياز المذكور وخصائصه :

1- أن يتم التوريد من شخص يتجر في المأكل والملبس ، يستوي في ذلك أن يكون هذا التاجر مقيدا في السجل التجاري أو غير مقيد ، يؤدي ما عليه من ضرائب أو لا يؤديها . فالعنصر المهم هو أن يكون المورد تاجرا من الناحية الفعلية على الأقل . ويترتب على هذا الشرط انه إذا تم توريد المأكل والملبس من غير تاجر كصديق أو جار ، وكان ذلك في مقابل ثمن ، فان المديونية الناتجة عن هذا البيع لا تتمتع بالامتياز المذكور .

كما أن منطق النص ، والحكمة التي بني عليها ، تقتضي أن يكون حصول المدين على المأكل والملبس بقصد استعمالها أما إذا كان لهدف آخر فلا امتياز ، ومن حالات تخلف هذا المعنى أن يكون – المدين قد اشترى المأكل والملبس بقصد الاتجار فيهما .

يضاف إلى ذلك أن الامتياز قاصر على ثمن المأكل والملبس فلا يتعداه إلى ثمن أية أشياء أخرى حتى ولو كانت ضرورية للمدين : كالأدوية ، ومصاريف الغاز أو الكهرباء أو التدفئة أو مصاريف تنظيف الملابس وكيها .

2- أن الامتياز مقصور على ثمن ما تم توريده في الستة أشهر الأخيرة فقط ، وتحسب بدورها من تاريخ تصفية أموال المدين بسبب – الوفاة أو الإعسار أو الإفلاس أو من تاريخ توقيع الحجز عليه . ويلاحظ في هذا المقام أيضا أن هذه الديون تسقط بالتقادم الحولي وفقا للمادة 378 مدني . وبالتالي تكون المديونية عن الستة أشهر السابقة على المدة الأخيرة مديونية عادية لا تتمتع بالامتياز .

3- أن هذا الامتياز على جميع أموال المدين من عقار ومنقول ، ولا يجب فيه الشهر في وروده على العقار . وبالتالي لا يتمتع في هذا الشأن بالتتبع وان ورد على منقول فان التتبع فيه محكوم بالأثر المسقط للحيازة . وأخيرا فهو

---

(1) وشرط الإعالة الفعلية هو المهم بغض النظر عن بلوغ سن معينة فليس هناك ما يمنع من أن يعول المدين أبناءه الذين بلغوا سن الرشد .

في وروده على جميع أموال المدين يرد على المادي منها وغير المادي . وقد سبق أن اشرنا إلى هذه المعاني في موضع سابق .

ثالثا : نفقة الأقارب :

25- نصت على هذا الامتياز الفقرة (جـ) من المادة 1141 بقولها " النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة أشهر الأخيرة "

وتشمل هذه النفقة ما يستحق للزوجة حيث تشملها صلة القرابة الواردة في النص . كما تشمل نفقة الأقارب الآخرين ، كنفقة الأصول والفروع بعضهم قبل البعض الآخر حسب الأحوال .

وتتحدد النفقة الواجبة بإحدى وسيلتين : الإنفاق بين الدائن والمدين بالنفقة ، فإذا تخلف الاتفاق تحددت بموجب حكم قضائي . وفي الحالتين تتمتع بالامتياز المشار إليه .

ومرتبة هذا الامتياز هي الرابعة ، ويرد على جميع أموال المدين من منقول وعقار . ولا يشهر ولا تتبع فيه إذا ورد على العقار ... الخ ما سبق ذكره في صدد عرض الامتيازات العامة السابقة .

وإذا تزاحمت ديون النفقة مع الديون الأخرى ، المضمونة بامتياز عام كحقوق الأجراء والموردين ، فإنها تتساوى جميعا في المرتبة ويستوفي كل منها بحسب نسبته إلى الديون الأخرى .

الفصل الثاني
حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول والمتأخرة في المرتبة عن حقوق الامتياز العامة

26- نصت على هذه الحقوق الممتازة المواد : 1142 مدني : امتياز مصروفات الزراعة ومقابل الآلات الزراعية ، والمادة – 1143 مدني : امتياز المؤجر ، والمادة 1144 مدني امتياز صاحب الفندق ، والمادة 1145 مدني : امتياز بائع المنقول ، والمادة 1146 مدني : امتياز المتقاسم في المنقول .

ونعرض فيما يلي لكل من هذه الامتيازات في مبحث مستقل :

المبحث الأول

امتياز مصروفات الزراعة ومقابل الآلات الزراعية

27- نصت المادة 1142 مدني على أن :

1- المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وغير ذلك من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذي صرفت في إنتاجه ، ويكون لها جميعا مرتبة واحدة .

2- تستوفي هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر

3- وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات .

ويلاحظ مبدئيا أن المشرع قد جمع في هذا النص الديون المتعلقة باستغلال الأرض الزراعية ، أي كل ما ينفق من ثمن البذر والسماد وأعمال الزراعة والحصاد وثمن المواد اللازمة لمقاومة الحشرات . فالدائن بالمقابل النقدي لكل ذلك له امتياز على المحصول الذي تم الإنفاق لأجل إنتاجه وقد الحق المشرع بهذا الامتياز ، وبذات المرتبة ، امتياز المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعية ، وهو امتياز ينصب بالنسبة لوعائه ، على تلك الآلات

ويتضح من ذلك أن حقيقة الأمر أننا بصدد امتيازين احدهما خاص بمصروفات الزراعة ، والثاني خاص بما يستحق عن آلات الزراعة .

وتعود الحكمة في تقرير هذين الامتيازين إلى الرغبة في التيسير على المزارعين وتشجيعهم على الزراعة وطمأنة من يورد لهم المنقولات – البذور والأعمال والآلات المشار إليها في النص بحيث يقدمها لهم مرتكنا إلى الامتياز الذي يضمن له سبيل الحصول على مستحقاته مفضلا على الكثير من الدائنين الآخرين .

ونعرض لامتيازي المادة 1142 مدني على التوالي :

أولا : امتياز مصروفات الزراعة :

28- ويشمل هذا الامتياز ، كما سبقت الإشارة ، ما ينفق على عملية الاستغلال الزراعي بدءً من تهيئة الأرض وبذرها وتخصيبها ومقاومة آفاتها وما يقتضيه ذلك من شراء لوازم كل ذلك ، فضلا عن أجور العمال اللازمين[1] .

وبعض المبالغ الواردة في هذا الامتياز مضمون أيضا بامتيازات أخرى . ومن قبيل ذلك أن الامتياز ثمن البذور والسماد يضمنه امتياز بائع المنقول . غير أن الامتياز الذي نعرض له يعد أكثر ميزة للدائن من امتياز البائع . لأن هذا الأخير قد يتعذر الاستفادة به بسبب أن البذور والسماد تفتقد ذاتيتها ومعالمها مما يسقط عنها ، وبالضرورة ، جدوى الامتياز من الناحية الفعلية والقانونية كما سبق أن اشرنا في موضع سابق[2] . أما ورود الامتياز على المحصول فهو أكثر فاعلية ، وأكثر ضمانا للبائع فضلا عن أن الامتياز الذي نحن بصدده (م 1142 مدني) هو امتياز متقدم في مرتبته عن امتياز بائع المنقول (م 1145 مدني)

<u>وعاء الأفضلية :</u>

يتحدد وعاء الأفضلية في حق الامتياز بالمقابل النقدي للمحصول الذي تم إنفاق المصروفات في إعداده . وقد يثور خلاف بين المدين والدائن ، أو بين الدائن والدائنين الآخرين ، حول ما إذا كانت المبالغ المستحقة قد صرفت فعلا على الاستغلال الزراعي كما يتصوره حق الامتياز . وفي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على الدائن الذي يدعي وصف الامتياز ، أي عليه أن يثبت أن مستحقاته قد أنفقت كمصروفات زراعية . لذلك إذا ثبت أن الدائن كان قد قدم للمدين مبلغا من المال على سبيل القرض ، فان هذا الدائن لا امتياز له حتى ولو كان المدين قد استغل المبلغ فعلا في زراعة أرضه .

---

(1) ويدخل في هذا النطاق مصروفات الري وتطهير الترع وإصلاح المساقي وآلات الري وأجور المواشي المستخدمة في الزراعة واجر درس المحصول ، وحرث الأرض ، وجمع الغلة وتخزينها مع ملاحظة أن الأجير يستفيد أيضا من امتياز أكثر تقدما وهو امتياز الأجر كواحد من حقوق الامتياز العامة المنصوص عليها في المادة 1141 والسابق شرحها .

(2) كما سبق أن اشرنا إلى زوال الامتياز الخاص الوارد على منقول في كل حالة يفقد فيها المنقول ذاتية .

ونظرا لان وعاء الامتياز هو ثمن المحصول ، فان الامتياز لا يقوم إلا على المحصول بعد جنيه ، أما قبل هذا التاريخ فان الزرع وهو قائم في الأرض يعد عقارا وليس منقولا ، وإذا تم جني المحصول وقع الامتياز على ثمنه ، فإذا تصادف أن تصرف المدين في المحصول ، للغير حسن النية ، فقد الدائن مكنة الاحتجاج بالامتياز قبل هذا الغير .

ويقع الامتياز على المحصول سواء كان مالك الأرض هو الذي يستغلها بنفسه (على الذمة) ، أو كان الذي يستغلها شخص آخر ، بمقتضى عقد إيجار بالنقد أو بالمزارعة ، أو بمقتضى ماله عليها من حق الانتفاع ، بل يتقرر الامتياز في مواجهة المدين المغتصب للأرض .

ويلاحظ أخيرا انه لا شأن للامتياز بالأرض التي قام عليها المحصول ، فإذا حدث أن نزعت ملكية الأرض لحساب دائن مالكها فلا امتياز على ثمن الأرض لأي من دائني الفرض الذي نعرض له .

غير أن تساؤلا ثار حول مصير المحصول في حالة تسجيل تنبيه نزع الملكية من جانب دائني مالك الأرض ، وأثره على الامتياز الوارد على المحصول . وسبب التساؤل هو انه اعتباراً من تسجيل تنبيه نزع الملكية تلحق الثمار بالعقار المحجوز عليه وتأخذ حكمه[1] فهل يؤدي ذلك إلى سقوط امتياز المصروفات الزراعية ، ذهب رأي الفقه إلى الإجابة بالإيجاب على هذا السؤال ، باعتبار أن الثمار تصبح جزء من وعاء الرهن العقاري في حالة تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار ، في حين أن امتياز مصروفات الزراعة هو من قبيل الحقوق المنقولة .

غير أننا لا نرى صواب هذا الاتجاه ، ذلك أن قاعدة إلحاق الثمار بالعقار المرهون ، اعتبار من تسجيل تنبيه نزع الملكية ، هي قاعدة تقررت حماية للدائنين الحاجزين ضمانا لهم لاستيفاء حقوقهم ، وبالتالي لا يجوز أن تؤدي هذه القاعدة إلى الإضرار بالدائن صاحب امتياز المصروفات الزراعية. وبالتالي يجوز لهذا الأخير أن يستوفي حقه بمرتبته الممتازة من الثمار بعد جنيها رغم تسجيل تنبيه نزع ملكية الأرض الزراعية .

(1) سبق أن عرضنا لذلك في تحديد ملحقات العقار المرهون رهنا رسميا .

وتأتي مرتبة امتياز المصروفات الزراعية الخامس ، وإذا تعدد أصحاب الامتياز كان لهم الاستيفاء بنسبة الديون .

ثانيا : امتياز مقابل الآلات الزراعية :

29- وهو الامتياز الثاني الوارد في المادة 1142 مدني " المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة من ثمن ومصروفات إصلاح وتحسين ، ومحل الامتياز هو هذه الآلات "

ويستهدف هذا الامتياز أيضا تدعيم الثقة والائتمان بالنسبة للمزارعين حتى يسهل التعامل معهم وحصولهم على الآلات – اللازمة . ويتداخل هذه الامتياز بالنسبة للثمن مع امتياز بائع المنقول ، ولكنه ، أي امتياز الآلات أوسع نطاقا إذ انه يضمن بالإضافة إلى الثمن مصروفات الإصلاح والتحسين[1] ، فضلا عن انه يأتي في مرتبة متقدمة عنه .

والمقصود بالآلات الزراعة كل اله تستخدم في الاستغلال الزراعي سواء استخدمت في تهيئة الأرض أو حرثها أو بذر البذور أو الري أو درس الغلال أو ضم المحصول .

مرتبة الامتيازين السابقين :

30- يحتل الامتيازان السابقان المرتبة الخامسة . وإذا تزاحمت مصروفات الزراعة فيما بينها تم الاستيفاء بنسبة كل منها . وكذلك الحال لو تزاحمت مصروفات الآلات الزراعية . غير انه يجدر بالملاحظة عدم إمكانية تزاحم مصاريف الزراعة محل امتياز مقابل الآلات ذلك أن لكل من الامتيازين محل مختلف فمحل الامتياز الأول هو المحصول ، ومحل الامتياز الثاني هو آلات الزراعة .

ولان الامتيازين يردا على منقولات فان مكنة التتبع بالنسبة للدائن قد تتعطل بإعمال قاعدة أن الحيازة في المنقول سند الملكية .

المبحث الثاني

---

(1) والتحسين يختلف عن نفقات الحفظ والترميم والتي يضمنها امتياز في المرتبة الثالثة كما سبق العرض . وهو امتياز أفضل بالتالي من امتياز مقابل آلات الزراعة .

امتياز مؤجر العقار

31- نصت المادة 1143 مدني على :

1- " أجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعا امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي"

2- " ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة "

3- " ويقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن ، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن ، فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ المستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر "

4- " وتستوفي هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذة في حق المؤجر باعتباره حائزا – حسن النية ".

5- وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو بدون علم منه ولم تبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقى الامتياز قائما على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائما ولو اضر بحق الغير مدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزا استحقاقيا في الميعاد القانوني . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري "

32- ويقرر هذا النص السابق امتيازاً لمؤجر العقار سواء كان من المباني أو من الأراضي الزراعية وذلك ضمانا للأجرة في حدود مدة معينة ،

وكذلك للحقوق المالية التي قد تستحق للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار . ويحتل هذا الامتياز المرتبة السادسة .

ويعود هذا الامتياز من الناحية التاريخية إلى القانون الروماني . فقد كان الرومان يقررون لمؤجر المبنى رهنا ضمنيا على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة والخاصة بالمستأجر . وبالنسبة لمؤجر الأراضي الزراعية كانوا يعترفون بنوع من الرهن الضمني الذي يرد على ثمار الأرض وكان يمتد إلى ثمار الأرض عن السنة التي تم فيها الحجز ويمتد إلى ثمار السنوات السابقة . وقد نقلت هذه الأفكار إلى القانون المدني الفرنسي القديم الذي اخذ بها وقتها .

وبمرور الوقت تحول هذا الرهن إلى الامتياز كما يعرف في القانون الحالي ، مع تعديل أحكامه وتوسيع نطاقه ، حيث ينصب ، كما هو وارد في الفقرة الأولي من المادة 1143 مدني ، على كل ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من المنقولات في المباني ، ومن محصول وآلات ومواشي في الأرض الزراعية . ونظرا لتلك النشأة التاريخية التي يسند إليها امتياز المؤجر فان أغلبية الفقه تذهب إلى أن أساس هذا الامتياز هو فكرة الرهن الضمني . وعلى أية حال فان الأمر مادام قد دخل إلى منطقة الامتياز ، فان وجود النص القانوني الذي يقرره كفيل بالاستغناء عن الافتراضات التي لا تطابق الواقع ، ذلك أن المشرع قد نظم أحكام هذا الامتياز على نحو بسط فيها على منقولات المستأجر سلطة للمؤجر حتى يتمكن هذا الأخير من ممارسة أولية في استيفاء حقوقه بأكبر قدر من التيسير . واتفاقا مع هذا الاتجاه نصت المادة 2/133 مدني على أن " يعتبر حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة " وهذا النص يعطي للمؤجر حيازة حكمية لمنقولات المستأجر تمكنه من المحافظة على امتيازه بأكبر قدر ممكن من الفعالية . كما خول القانون للمؤجر سلطة الاعتراض على خروج المنقولات من العين المؤجرة ، فإذا خرجت دون علمه أو رغم اعتراضه بقى الامتياز قائما عليها (مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية) . فضلا عن أن المؤجر في حيازته الحكمية لمنقولات المستأجر يعتبر حائزا حسن النية فلا يحتج عليه بحقوق الغير على هذه المنقولات حتى ما كان منها سابقا عليه في المرتبة .

نطاق الأفضلية :

32- يتعرض نص المادة 1143 لامتياز مؤجر العقار بالنسبة لأجرة العقار سواء كان مبني قائما أو أرضا زراعية . ويفترض النص توفر عدة شروط يتحدد بها نطاق الأولوية من حيث الاستفادة منها . وهذه الشروط تتمثل في ضرورة أن يكون هناك عقد إيجار صحيح ، وان يرد الإيجار على عقار على النحو الوارد في النص ، ويتحدد الامتياز باجرة سنتين وكل حق آخر ناشئ عن عقد الإيجار ونعرض فيما يلي لهذه الشروط على التوالي :

أولا : شرط وجود عقد إيجار صحيح :

33- ويقتضي هذا الشرط أن يكون هناك عقد إيجار بالمعني الصحيح قانونا . فإذا كانت العلاقة التي تربط الدائن بالمدين ناشئة عن عقد آخر كعقد شركة يتضمن الانتفاع بعقار كحصة عينية مثلا في مقابل حصة من الأرباح ، أو كان المدين مغتصبا للعقار وكان ملزما بأداء تعويض عن شغل العين ، فان الامتياز لا ينشا في مثل هذه الصور لتخلف عقد الإيجار أصلا .

فإذا توافر للعلاقة الوصف الايجاري ، تعين أن يكو العقد صحيحا ، فان كان العقد باطلا مطلقا ، أو قابلا للبطلان وقضى ببطلانه فلا محل للحديث عن امتياز المؤجر لتخلف هذا الوصف قانونا . وإذا توافر وصف المؤجر حسبما سبق فليس من المهم البحث عن سند هذا المؤجر في إيجار العقار . فقد يصدر الإيجار من مستأجر أصلي اجر من الباطن وقد يصدر من صاحب حق انتفاع أو من دائن مرتهن رهن حيازة أو من مجرد واضع يد على ملك الغير ، فطالما أن العقد صحيح ونافذ بين طرفيه فان الامتياز يثبت للمؤجر على منقولات المستأجر .

ثانيا : أن يرد الإيجار على عقار :

34- وهذا التحديد واضح من صياغة المادة 1143 مدني حيث عرضت لأجرة المباني والأرض الزراعية . وعلى هذا النحو يكون الامتياز شاملا لهذين القسمين من العقارات – بدون تحفظ ، فهو يشملها أيا كان موقعها إذ تستوي أن تكون في القرى أو المدن ، خاضعة لقوانين إيجار الأماكن أو خاضعة للقانون المدني . كما أن الامتياز يشمل المباني أيا كان الغرض من

التأجير ، ورد على مبنى لاستخدامه محلا تجاريا أو منشاة صناعية أو حرفية أو مهنية أو جراجا أو سينما .. الخ وكذلك الحال بالنسبة للأراضي الزراعية ، التي تخضع للقانون المدني .

كذلك ينصرف الامتياز بالنسبة لإيجار المباني إلى أمتعة المستأجر في حالة إيجار المفروش وذلك إذا ما ادخل المستأجر منقولا إلى العين التي استأجرها ، غير أن هذا الامتياز لا يكون إلا بالقدر المقابل لأجرة المكان خاليا .

وقد يثور التساؤل حول استفادة مؤجر الأرض الفضاء(1) من الامتياز المذكور من عدمه ؟ والواضح من النص أن الامتياز لا يطبق في هذه الحالة ذلك أن النص يتحدث عن أجرة المباني وأجرة الأراضي الزراعية ، وهما معنيان محددان ولا يسمح قصر التعبير عليهما ، بمد الامتياز إلى غيرهما من ارض فضاء .

وينبني على قصر أمر الامتياز على العقارات في الحدود السابق بيانها أن الامتياز لا يسري بالسبة لمؤجر المنقول . فمن يؤجر آلة أو سيارة ليس له امتياز لأجرتها . يستوي في ذلك أن تكون الآلات قد أجرت بعيدا عن عقار أو أنها أجرت في داخل بناء مؤجر للغير ، ففي هذه الحالة لا يكون هناك امتياز لضمان الجزء من الأجرة الذي يخص تلك الآلات .

<u>ثالثا : الديون التى يضمنها الامتياز :</u>

35- لا يضمن الامتياز إلا أجرة سنتين ، أو أجرة مدة العقد إن كانت اقل من سنتين ولم يحدد النص نطاقا زمنيا لبدء مدة السنتين أي انه لم يحدد بخلاف ما فعل في نصوص أخرى – أن تكون الأجرة عن السنتين الأخيرتين . وذلك بشرط ألا يكون الدين قد سقط بالتقادم . ومن ناحية ثانية فقط بسط المشرع حمايته على مبالغ أخرى غير الأجرة على النحو السابق ، إذ تكون ممتازة أيضا المبالغ المستحقة عن الحقوق الأخرى الناشئة للمؤجر عن عقد الإيجار . وبالتالي يكون ممتازا كل دين للمؤجر ينشا عن الإخلال بأي بند من بنود العقد سواء تحدد هذا الدين في صورة تعويض يحكم به القضاء أو في

---

(1) كما لو أجرت الأرض الفضاء لإقامة معرض أو ملعب راجع في ذلك السنهوري رقم 703 ، محمد كامل مرسي ، رقم 444 حيث يعتبر الأرض الفضاء كالمباني ونرى انه لا اجتهاد مع صراحة النص .

صورة شرط جزائي متفق عليه بين الطرفين . ومثال ذلك التعويض المستحق عن إساءة استعمال العين ، أو عن عدم إجراء الإصلاحات التي يقع عبؤها على المستأجر وعن الأضرار التي يلحقها المستأجر بموجودات العين وملحقاتها .

وواضح أن هذه المبالغ لابد أن تكون ناشئة عن عقد الإيجار لكي يتوافر لها الامتياز . أما إذا استحقت للمؤجر مبالغ ولم تكن أجرة ، ولم تكن ناشئة عن العقد ، فلا امتياز لها . ومن هذا القبيل ما يستحق للمؤجر من تعويض مقابل بقاء المستأجر في العين بعد مدة العقد بغير سند من الاتفاق أو القانون ، وكذلك دين القرض الذي يقرضه المؤجر للمستأجر حتى ولو كان المستأجر قد استخدمه في تجهيز العين المؤجرة أو إصلاحها ، فهذه المبالغ ليست ناشئة عن عقد الإيجار وبالتالي فلا يشملها الامتياز .

محل امتياز مؤجر العقار :

36- يتقرر الامتياز كما سبقت الإشارة لمؤجر الأرض الزراعية ومؤجر المباني .

وبالنسبة للأراضي الزراعية فان الامتياز يرد على الأشياء الموجودة بالأرض الزراعية والمملوكة للمستأجر وهي عادة ما تشمل المحاصيل والمواشي والآلات الزراعية المعدة لاستغلال الأرض . ويرد الامتياز على جميع المحاصيل القائمة سواء كانت محاصيل السنة الجارية أو محاصيل غيرها ، ذلك أن وجودها في العين المؤجرة يدخلها قانونا في وعاء الامتياز .

أما بالنسبة للمباني فيدخل في وعاء الامتياز كافة المنقولات المادية التي يضعها المستأجر في العين المؤجرة ، كالأثاث المنزلي والصور والتماثيل والأدوات الفضية والكهربائية والعربات والعدد التي يستخدمها المستأجر في مباشرة حرفته[1] .

ويثير تحديد وعاء الامتياز عدة مشاكل (خاصة بالنسبة لامتياز مؤجر المبني) ونعرض لهذه المشاكل فيما يلي :

---

(1) وبصفة عامة فان نوعية المنقولات الواجب وضعها في العين المؤجرة والتي يثقلها الامتياز تختلف باختلاف طبيعة العين والغرض الذي أجرت من اجله .

1- حددت الفقرة الأولى من المادة 1143 مدني وعاء الامتياز بأنه كل موجود أو منقول قائم بالعين وقابل للحجز عليه . وبناء على ذلك يخرج عن الامتياز المنقولات غير القابلة للحجز التي حددتها المادة 305 وما بعدها من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 . وتطبيقا لهذا المبدأ لا يجوز الحجز على ما يلزم المدين وزوجته وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه في معيشة واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه (مادة 1/306 مرافعات) .

ولا يجوز الحجز على إناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين في معيشته هو وأسرته وما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر مادة 2/306 مرافعات ، كما لا يجوز الحجز على ثمار أو محصولات أو غيرها من المنقولات التي يتعين تسليمها للدولة أو إحدى الهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو إحدى الوحدات الاقتصادية التابعة لها ... وينتقل الحجز بتسليم المنقول ومحضر حجزه إلى الثمن الذي يستحقه وذلك دون أي إجراء آخر مادة 310 مرافعات وراجع المواد 307، 308، 309 مرافعات (استكمالا لصورة الأموال التي لا يجوز الحجز عليها) .

2- يتعين لثبوت الامتياز أن تكون المنقولات موجودة بالعين المؤجرة وقد حددت هذا المعنى صراحة المادة 1/1143 مدني . ويعود مغزى هذا الشرط إلى أن الامتياز يقوم على مفترض الرهن الضمني (باعتبار أن المؤجر ما كان ليقبل التأجير) إلا بعد تقرير رهن على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ضمانا لما يستحق له من أجره . وقد أكدت على هذا المعنى المادة 588 مدني بقولها انه " يجب على كل من استأجر منزلا أو مخزنا أو مكانا مماثلا لذلك أو أرضا زراعية أن يضع في العين المؤجرة أثاثا أو بضائع أو محصولات أو مواشي أو أدوات تكون قيمتها كافية لضمان الأجرة عن سنتين أو عن كل مدة الإيجار أن قلت عن سنتين هذا ما لم تكن الأجرة قد عجلت .. ويجوز للمستأجر طلب تنفيذ هذا الالتزام عينا أو فسخ الإيجار مع التعويض .

ويفسر الفقه فكرة الرهن الضمني بان المؤجر له الحيازة قانونا على العين المؤجرة التي بها المنقولات ، رغم توافر الحيازة ماديا للمستأجر .

وكذلك يترتب على المفهوم السابق من ناحية أولى أن المؤجر يفقد امتيازه إذا تخلى عن الحيازة القانونية المذكورة . وعلى ذلك يفقد المؤجر الامتياز إذا باع العقار المؤجر لشخص آخر إذ ينتقل الامتياز بشروطه القانونية إلى المالك الجديد[1] ولكن يبقى الامتياز قائما إذا باع المستأجر منقولاته ولم ينقلها من العين المؤجرة ، مادام المؤجر لم يرضي بذلك .

ومن ناحية ثانية يترتب على المفاهيم السابقة أن الامتياز لا يقع إلا على المنقولات التي توضع في العين المؤجرة بصفة دائمة وهذا الشرط تقتضيه فكرة حيازة المؤجر قانونا للمنقولات . فإذا دخل منقول إلى العقار المؤجر ولكن دخوله كان مؤقتا وعرضيا فانه لا يدخل في وعاء الامتياز . وعلى العكس يدخل في الامتياز المنقولات والموجودات الدائمة ولو خرجت مؤقتا من العين المؤجرة .

فإذا توافرت المواصفات السابقة دخلت المنقولات في وعاء الامتياز سواء وضعت في العين وقت بدء الانتفاع أو أثناء مدته ، وسواء كانت موجودة في مكان ظاهر للعيان أو كانت مخبأة[2] ، غاية الأمر أن المؤجر لا يستطيع أن يعترض على خروج البضائع من المحل أو المنشاة بشرط إلا يخل ذلك بقيمة المنقولات والبضائع الكافية لضمان أجرة سنتين أو مدة العقد أن كانت اقل . ومن حق المؤجر إذا تحقق فرض الإخلال بالضمان أن يطلب من المستأجر كفيلا لضمان الأجرة وان يطلب تعيين حارس لقبض الثمن المتحصل من البيع أو أن يعجل له الأجرة .

ومن ناحية ثالثة فقد ثار التساؤل حول شمول الامتياز المنقولات المعنوية . وقد اتجه جانب من الفقه إلى استخدام فكرة الرهن الضمني لاستبعاد المنقولات المعنوية على أساس أن المنقولات المعنوية ليست من ذلك النوع الذي تجهز به العين المؤجرة أو التي تخصص لاستعمالها بها . ومن قبيل الحقوق المعنوية المستبعدة الحقوق المتعلقة ببراءات الاختراع أو المتعلقة

---

(1) راجع : محمد كامل مرسي ، رقم 446 الذي يعطي فرضا فيه ببيع المؤجر العقار ويشترط أن يحتفظ بحيازة المنقولات التي للمستأجر بواسطة المالك الجديد بحيث يحوز المالك الجديد الرهن لحساب المالك القديم ، مع قبول المالك الجديد لهذا الشرط ، وهي مسالة مختلف عليها بين رافض لها لان المالك الجديد لا يحوز الرهن بنفسه وليس له على المنقولات سوى حيازة غير مباشرة وناقصة ، وبين مؤيد بشرط قبول المستأجر ومؤيد دون حاجة لقبول المستأجر .

(2) عكس ذلك ، شمس الدين الوكيل ، ص 538 .

بالحق المالي للمؤلف . ويلحق بها السندات والأوراق المالية والنقود ، والمجوهرات والأحجار الكريمة . ذلك على أساس أن قصد المتعاقدين لم ينصرف إلى شمول الرهن الضمني لهذه الأشياء ولم تدخل في تقدير الدائن سلفا بل أن بعضها لا يفترض علمه بها (كالنقود) . كما أن بعضها مخصص للاستخدام الشخصي للمستأجر (كالمجوهرات) ولا توجد علاقة مباشرة بينها وبين المكان المؤجر .

ومن جانبنا لا نرى صواب هذا الرأي ، ذلك أن فكرة الرهن الضمني ، لم تكن سوى مجرد فكرة لتبرير نشأة ضمان حقوق المؤجر من الناحية التاريخية ، قبل المستأجر ، في سبيل استيفاء الأجرة وهي تقف عند هذا الحد ولا يجوز أن تتخذ سبيلا إلى الحد من وعاء الامتياز . ونحن نعتقد أن الامتياز يشمل كل المنقولات – والموجودات والمحاصيل والمواشي القائمة في العين المؤجرة والمملوكة للمستأجر .

ونص المادة 1143 مدني واضح في هذه العمومية " على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر " والقيد الوحيد على وعاء الامتياز هو ما يقتضيه إخراج المنقولات الغير قابلة للحجز عليها . كذلك لا نقر تأكيدا للمعنى السابق ما يفهم من قول بعض الفقه من ضرورة أن يكون المنقول مما تجهز به العين[1] ، أو أن يكون مما يوضع عادة في العين المؤجرة ، أو انه دخل في اعتبار المؤجر وهو سبيل منح الائتمان للمدين[2].

فالمشرع حدد بوضوح شروط وضوابط تحديد محل الامتياز وعرض لحكم المنقولات المملوكة للزوجة أو للغير ، ونظم على ما سنعرض له ، حكم هذه الحالات ، وكل ذلك يؤكد شمول وعاء الامتياز لكل منقول مملوك للمستأجر وموجود بالعين المؤجرة . ما لم يكن غير قابل للحجز عليه. ونحن لا نرى وجها لعدم سريان الامتياز على النقود[3] مثلا (أو الأوراق المالية) مادام أن أمر الامتياز سيؤول في نهاية المطاف إلى بيع المنقولات واستيفاء الدين من

---

(1) السنهوري ، رقم 706 .

(2) شمس الدين الوكيل ، ص 538 ، محمد كامل مرسي ، رقم 450 .

(3) يرى محمد كامل مرسي خضوع النقود للامتياز ما لم تكن متحصله من بيع المنقولات المثقلة بالامتياز وهي تفرقة غريبة ولا معنى لها في رأينا .

ثمنها بالأفضلية على الديون الأخرى ، ويسري هذا الحكم الذي نراه على المجوهرات والأحجار الكريمة المملوكة للمستأجر .

أما إذا كانت المجوهرات مما هو خاص بالزوجة بحكم طبيعته فانه لا يخضع للامتياز ولكن ليس بسبب انه مخصص للاستعمال الشخصي وليس لأنه لا علاقة له بالعين المؤجرة ، بل لان طبيعته كحلي لزينة النساء ، يفترض معها علم المؤجر بأنها مملوكة للزوجة المادة (2/1143 مدني) .

3- انه يشترط في المنقولات التي تدخل وعاء الامتياز أن تكون مملوكة للمستأجر . وفي ضبط حكم هذا الشرط نظمت المادة 1143 مدني حكم المنقولات المملوكة للزوجة والمنقولات – المملوكة للغير والمنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن ونعرض لكل حالة :

أولا : حكم المنقولات المملوكة للزوجة :

نصت الفقرة 2 من المادة 1143 على أن " يثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت معلومة للغير ، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة "

ويتضح من صياغة هذا النص أن المشرع اخضع منقولات الزوجة لامتياز المؤجر ويستند تبرير هذا الحكم إلى أن الزوجة حين تضع منقولاتها في العين المؤجرة فإنها تقبل ضمنا دخولها في وعاء امتياز المؤجر ، ومن حق المؤجر إذن أن يعتمد عليها في ضمان حقوقه الناشئة عن عقد الإيجار . ولهذا السبب فان الامتياز يظل قائما رغم الحكم للزوجة بملكية هذه المنقولات ، وذلك أن الامتياز يشملها لحكم النص " ولو كانت مملوكة لزوجة المستأجر " فإذا ما اتخذ المؤجر إجراءات الحجز على تلك المنقولات فلا يقبل طلبها بإلغاء الحجز بمقولة أن الأشياء مملوكة لها لا لزوجها المستأجر. وحاصل هذا القول إذن أن منقولات الزوجة تخضع للامتياز مع الإقرار بأنها ملك لها[1] ولكن المشرع

---

(1) ومعنى ذلك كما يقول الأستاذ السنهوري رقم 708 أن – الزوجة إذا استطاعت أن تسترد أثاث المنزل بفضل قرينة أن الجهاز ملك الزوجة المسلمة فإنها تجد نفسها أمام قرينة أخرى هي

أعطى للزوجة ، إذا رأت أن تنفي قرينة رضاها بشمول الامتياز لمنقولاتها أن تعلن المؤجر باعتراضها على هذا المعنى عند دخول منقولاتها للعين . فإذا هي فعلت ذلك جاز للمؤجر أن يطلب من المستأجر وضع منقولات أخرى كافية . وينطبق ذلك القول السابق على الزوجة المسلمة حيث العرف أن الجهاز هو ملك لها[1] أما بالنسبة للزوجة غير المسلمة فان المتعارف عليه أن الجهاز ملك للزوج لا للزوجة وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على صحة ادعائه (الطوائف المسيحية) .

ويترتب على ذلك أن جهاز الزوجة المسيحية يفترض انه ملك زوجها على ما جرى عليه العرف عند أبناء هذه الديانة ، ويدخل هذا الجهاز بالتالي في وعاء الامتياز . ويرى بعض الفقه أن على الزوجة المسيحية أن تثبت ، إذا أرادت إخراج الجهاز من وعاء الامتياز ، انه ملك لها وليس لزوجها وأنها لم ترضى بان يكون ضامنا للوفاء بالأجرة وان المؤجر كان يعلم كل ذلك وقت وضع الجهاز في العين المؤجرة[2] .

ونعتقد من جانبنا انه لا يكفي أن تثبت الزوجة ، في هذا الفرض ، عدم رضاها بشمول الامتياز لجهازها ، إنما يجب أن تثبت أنها أخطرت المؤجر بملكيتها وباعتراضها مقدما على دخول منقولاتها في وعاء الامتياز .

ثانيا : منقولات الغير :

قد توجد بالعين المؤجرة منقولات غير مملوكة للمستأجر أو لزوجته إذ هي ملك للغير . والمفروض أن هذه المنقولات ما كانت لتخضع لوعاء الامتياز بحكم أن المستأجر ليس مالكا لها . ومع ذلك فان دخول هذه المنقولات إلى العين المؤجرة يؤدي إلى دخولها في نطاق الحيازة الحكمية للمؤجر . ويكفي حسن نية المؤجر الذي لا يحتج عليه لهذا السبب بحقوق الغير ، يضاف إلى ذلك ما يذكره بعض الفقه بان الغير يعتبر راضيا بان يكون المنقول المملوك له ضامنا للوفاء بمستحقات المؤجر .

رضاؤها الضمني بان يكون الأثاث ضامنا للأجرة ، فتبقى المنقولات مثقلة بحق امتياز المؤجر .

(1) إلى أن يثبت زوجها العكس .
(2) السنهوري رقم 709 .

وقد دفعت هذه المعاني بالمشرع إلى أن يخضع كل المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة لوعاء الامتياز بما في ذلك ما كان مملوكا للغير .

ولم يدع المشرع للغير من سبيل لاستردادها وتخليصها من عبء الامتياز إلا أن يثبت احد أمرين : سوء نية المؤجر – أو أن المنقولات ضائعة أو مسروقة . وبالنسبة للأمر الأول وهو المتعلق بالنية فان الأصل في القانون هو حسن النية ، أي أن المؤجر لا يعلم بوجود حقوق للغير على المنقولات القائمة في العين المؤجرة ، فإذا ادعى الغير سوء نيته فان عليه أن يقيم الدليل على صدق هذا الادعاء . وللغير أن يثبت سوء نية المؤجر بكافة طرق الإثبات حيث يتعلق الأمر بوقائع مادية ، ولذلك فان للغير أن يستعين بالقرائن وبشهادة الشهود أو بالكتابة أو الإقرار أو اليمين .

وقد يسهل في بعض الحالات الوصول إلى هذا الإثبات حيث تكون ظروف الحال وملابساته وقرائنه شاهدة على سوء نية المؤجر . ومن هذا القبيل ، ما قضى به من افتراض سوء النية في المؤجر الذي باع مواشي المستأجر ، وبعد ذلك بقليل أوقع حجزا على مواشي بالعين المؤجرة ولم يكن في ظروف الدعوى ما يبرر احتمال شراء المستأجر لغيرها ، نظرا لقصر المدة بين الحجزين ولعدم توافر الوسيلة لذلك[1] .

يضاف إلى ما سبق أن هناك حالات يفترض فيها سوء نية المؤجر ، وفي هذه الحالات لا يستطيع فيها أن يبسط امتيازه إلى المنقول المملوك للغير .

ومن قبيل ذلك أن يكون المكان مؤجرا لاستخدام صاحب حرفة أو مهنة تقتضي وجود أشياء مملوكة للغير لديه : كأن يكون المستأجر ترزيا ، أو ممن يصلحون العدد والآلات الخاصة بالغير كالساعاتي ، ومصلح الأجهزة الكهربائية والمنزلية . أو أن يكون المكان مؤجرا لاستخدام كصالة لبيع منقولات الغير بالمزاد العلني أو جراجا عاما ، أو فندقا (بالنسبة لمنقولات العملاء) .

ففي مثل هذه الحالات يفترض علم المؤجر بحقوق الغير ، أي يتخلف لديه حسن النية اللازم لكي تدخل المنقولات في وعاء الامتياز .

---

(1) المحلة الجزئية 30 يونيو سنة 1932 ، المحاماة س 13 رقم 225 ، ص 451 .

وبالنسبة للأمر الثاني وهو حالة الأشياء الضائعة أو المسروقة والتي أدخلت إلى العين المؤجرة فان نص المادة 2/1143 مدني تحفظ في شان خضوعها لوعاء الامتياز لقوله " دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة " وتقضي هذه الأحكام المشار إليها بأن لصاحب المنقول المسروق أو الضائع أن يسترده خلال الثلاث سنوات التالية للسرقة أو الضياع ، وهو الحكم الذي أوردته المادة 977 مدني .

يجوز لمالك المنقول والسند لحامله أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . وهو حكم يمثل قدرا من الاستثناء على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز حسن النية . إذ في فرض السرقة أو الضياع لا يستطيع المؤجر صاحب الامتياز أن يتمسك رغم حسن نيته بخضوع المنقول لسلطان امتيازه .

ولكن للمؤجر ، إذا كان استرداد منقولات الغير قد اخل بالقدر الكافي في وعاء الامتياز ، أن يطالب المستأجر بوضع المنقولات الكافية وإلا جاز له أن يطلب الفسخ ، والتعويض أن كان له مقتضى .

ثالثا : حكم منقولات لمستأجر من الباطن :

نصت المادة 3/1143 مدني في هذا الخصوص على أن يقع الامتياز أيضا على منقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن ، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن ، فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر .

ويفرق هذا النص بين حالة ما إذا كان المؤجر قد اشترط – صراحة عدم الإيجار من الباطن أو انه لم يشترط وضع المسالة على هذا النحو يعود إلى ما قررته المادة 593 مدني من أن الأصل في القانون المدني – انه يجوز للمستأجر " التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك "

وعلى ذلك فان الأصل في القانون المدني هو جواز التأجير من الباطن ما لم يوجد شرط مانع .. ومن هذا المنطلق عرضت المادة 3/1143 مدني

لحكم ورود الامتياز علـى منقولات المستأجر مـن الباطن من خلال الفرضين المذكورين .

والفرض الأول :

يتفق مع القاعدة الأصلية في القانون المدني وهي حالة جواز التأجير من الباطن ، في غياب الشرط المانع الصريح . وفي هذه الحالة يكون للمؤجر الأصلي امتياز على منقولات المستأجر من الباطن ومحصولاته بقدر ما يكون مستحقا للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن . ولم يترك المشرع تحديد قدر المستحق المشار إليه بغير ضابط بل حدده بأنه المديونية القائمة في ذمة المستأجر من الباطن من الوقت الذي ينذره فيه المؤجر الأصلي بالوفاء له (المادة 596 مدني) فمنذ هذه اللحظة فقط تقوم والعلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن ، ويصبح هذا الأخير مدينا ، بما هو مستحق في ذمته ، ويكون لهذا الدين امتياز على منقولاته لحساب المؤجر . وتستند هذه التحديدات والضوابط إلى فكرة أن الإيجار من الباطن ، حال كونه جائزا ، يفترض معه علم المؤجر بملكية المنقولات للمستأجر من الباطن ، فكان منطقيا أن تتحدد حقوقه وكذلك الامتياز ، بما هو مستحق فقط في ذمته قبل المستأجر الأصلي ، من وقت إنذاره بالا يفي لهذا الأخير .

أما الفرض الثاني :

فهو فرض وجود شرط مانع صريح من الإيجار من الباطن ، وفي هذه الحالة إذا تم التأجير من الباطن فانه يعد مخالفا للحظر ، ولا يصبح مشروعا إلا إذا اقره المؤجر صراحة أو ضمنا .

وفي ضوء عدم المشروعية المشار إليها فان المستأجر من الباطن لا يستطيع أن يتمسك بصفته تلك في مواجهة المؤجر الأصلي ، وبالتالي يقع امتياز هذا الأخير على كافة المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة سواء كانت مملوكة للمستأجر الأصلي أو مملوكة للمستأجر من الباطن ، وهو – أي الامتياز – في وروده – على منقولات المستأجر من الباطن لا تخضع لقيود الفرض الأول سالف الذكر أي أنها تخضع للامتياز ضمانا لكل ما هو مستحق في ذمة المستأجر الأصلي وليس فقط بقدر حقوق هذا الأخير قبل المستأجر من الباطن .

غير أن حكم الفرضين السابقين إنما يقوما على مفهوم ونصوص القانون المدني والتي تجعل الأصل في التأجير من الباطن هو الإباحة والاستثناء هو المنع بشرط صريح وهذا المفهوم تغير عكسيا في قوانين إيجار الأماكن المبينة ففي ظل سياسة هذه القوانين القائمة على الطابع الحمائي المتشدد للمستأجر وفرض قاعدتي الحد الأقصى للأجرة فضلا عن قاعدة الامتداد القانوني لعقد الإيجار . في ظل كل هذا انتهي المشرع في تلك القوانين إلى جعل المبدأ هو حظر التأجير من الباطن ما لم يكن هناك إذن كتابي صريح من المؤجر (مواد 2 من القانون 121 لسنة 1947 ، و23 من القانون 52 لسنة 1969 ، 31 من القانون 49 لسنة 1977 والتي حلت محلها المادة 18 من القانون 136 لسنة 1981) .

وقد انتهى العمل بهذه القوانين جزئيا بصدور القانون رقم 4 لسنة 1996 الذي أخضع عقود الإيجار الجديدة التي تبرم اعتبارا من تاريخ سريانه (31 يناير 1996) لحرية التعاقد وفقا للقانون المدني .

وقد كان المشرع قد انتهى إلى ذات المبدأ في قوانين الإصلاح الزراعي (بالنسبة لإيجار الأراضي الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ولا يجوز للمستأجر تأجيرها من الباطن أو التنازل عن الإيجار للغير أو مشاركته فيها) ويقع باطلا كل تعاقد يتم بالمخالفة للحكم المتقدم . المادة 32 من القانون 178 لسنة 1952 وتعديلاته .

وبالتالي كان المبدأ في ظل قوانين الإصلاح الزراعي هو المنع كاملا ، وكان متعلقا بالنظام العام لا ترد عليه أجازة من المؤجر . وهو ما كان يدخل الأمر بالنسبة للامتياز في نطاق الفرض الثاني دائما ومع ذلك فان المؤجر لو وافق على الإيجار من الباطن – رغم انه لا يملك ذلك لتعلق الأمر بالنظام العام .. فإننا نعتقد أن موافقته – رغم عدم مشروعيتها – كانت تعني تنازله عن بسط الامتياز على منقولات المستأجر من الباطن إلا في حدود مديونية هذا الأخير للمستأجر الأصلي ومنذ إنذاره على النحو السابق شرحه ... وقد انتهى العمل بقانون الإصلاح الزراعي بتحرير علاقات الإيجار الزراعي وعودتها لحرية التعاقد وفقا للقانون المدني اعتبارا من انتهاء السنة الزراعية 1997/1996 عملا بالقانون رقم 96 لسنة 1992 .

الوسائل القانونية لضمان فعالية امتياز المؤجر وحمايته :

اشرنا فيما سبق إلى أن حكم المادة 558 مدني التي تلزم المستأجر أن يضع بالعين المؤجرة منقولات كافية لضمان الوفاء بالأجرة .. الخ وهذه المنقولات حملها المشرع بامتياز المؤجر على نحو ما بسطناه سلفا .

وقد حدد المشرع وسائل تهيئ للمؤجر في سبيل حماية امتيازه ووصوله به إلى غايته المنشودة وهي الحجز والتنفيذ على المنقولات استيفاء لدين الأجرة والمستحقات الأخرى .

وتتمثل هذه الوسائل في الحق في حبس المنقولات بقصد منع خروجها من العين المؤجرة ، وتوقيع الحجز التحفظي ونعرض لكل من هاتين الوسيلتين :

1- حبس المنقولات المثقلة بالامتياز :

41- وهو ما نصت عليه المادة 589 مدني بقولها :

1- يكون للمؤجر ، ضمان لكل حق يثبت له أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر ، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر وللمؤجر الحق في أن يمانع في نقلها ، فإذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه ، فأن له الحق في استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية ، مع عدم الإخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق"

2- وليس للمؤجر أن يستعمل حقه في الحبس أو في الاسترداد إذا كان نقل هذه الأشياء أمرا اقتضته حرفة المستأجر أو المألوف من شئون الحياة ، أو كانت المنقولات التي تركت في العين المؤجرة أو التي تم استردادها تفي بضمان الأجرة وفاء تاما".

وحق الحبس الذي أشار إليه النص السابق هو اقرب إلى الحق في الاعتراض على خروج المنقولات من العين المؤجرة منه إلى الحق في الحبس بالمعنى الدقيق ، لان الحبس يقتضي أن تكون المنقولات موجودة فعليا تحت يد الحابس أي في حيازته المادية أما في فرضنا المعروض فان المنقولات هي ماديا في حيازة المستأجر (المدين بالأجرة) وليست في الحيازة الفعلية للدائن (المؤجر) إذ أن المؤجر ليس له على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة

سوى حيازة حكمية .. وربما كانت هذه الحيازة الحكمية هي السبب في استخدام تعبير الحبس .

ونظرا لان الحق في الحبس السابق الإشارة إليه – ما هو إلا وسيلة للحفاظ على حقوق المؤجر في استيفاء الأجرة فانه لا يستخدم إلا في حدود ضمان هذه الأجرة عن مدة سنتين أو عن مدة العقد إن كانت اقل وكل مستحق آخر ناشئ عن عقد الإيجار . وبالتالي فان المؤجر لا يستطيع حبس المنقولات التي يرغب المستأجر في نقلها من العين إذا كان ما تبقى كافيا للوفاء بحقوقه سالفة الذكر .

كذلك لا يستطيع المؤجر أن يعترض على نقل منقولات تقتضي حرفة المستأجر نقلها أو تقتضي ذلك شئون الحياة كالبضائع في المحل التجاري أو السيارة في جراج المنزل المؤجر .

وإذا تمكن المستأجر من نقل المنقولات المثقلة بالامتياز دون علم المؤجر أو بعلمه ورغم اعتراضه وكانت المنقولات الباقية لا تكفي لتغطية ضمان حقوق المؤجر ، جاز استردادها . ومع ذلك فان على المؤجر أن يرد ثمنها لمن اشتراها إذا كان قد اشتراها من مزاد علني أو من سوق عام أو ممن يتاجر في مثلها (م 5/1143 مدني)

وهذا التحفظ الأخير يؤدي إلى الإقلال عمليا من قيمة الاسترداد إلا إذا كانت قيمة الأشياء المستردة اكبر بكثير من الثمن الذي بيعت به .

الحجز التحفظي :

زود المشرع المؤجر بوسيلة الحجز التحفظي إذا استبان له أن هناك خطرا يتهدد المنقولات المثقلة بالامتياز يتمثل في قيام المستأجر بتبديدها أو تهريبها . وقد نصت المادة 317 من قانون المرافعات " لمؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظي على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين وذلك ضمانا لحق الامتياز المقرر له

قانونــا " " ويجــوز لــه ذلــك أيضــا إذا كانــت تلــك المنقــولات والثمــرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوما " ويجب أن يكون دين المؤجر محقق الوجود وحال الأداء (م 319 مرافعات) وإذا لم يكن بيد المؤجر سند تنفيذي أو حكم غير واجب النفاذ بمستحقاته . أو كان دينه غير معين المقدار فلا يوقع الحجز إلا بأمر من قاضي التنفيذ يأذن فيه بالحجز (م 319 مرافعات).

ويستطيع المؤجر بهذا الحجز أن يحول دون خروج - المنقولات من العين المؤجرة ووصولها إلى حائز حسن النية مما قد يؤثر عملا على فعالية ضمانه وامتيازه . كما أن هذا الحجز التحفظي يمكن توقيعه على المنقولات التي خرجت من العين فعلا بشرط أن يجري هذا الحجز خلال ثلاثين يوما من خروجها ويسمي الحجز استحقاقيا ، ويبقى هذا الحجز قائما لمدة ثلاث سنوات من يوم نقل المنقولات إذا تم توقيع الحجز في الميعاد القانوني (م 5/1143 مدني) [1] .

مرتبة امتياز المؤجر :

اشرنا في مقدمة هذا الموضوع إلى أن امتياز المؤجر يحتل المرتبة السادسة بعد امتياز المصروفات القضائية وامتياز الخزانة العامة وامتياز مصروفات الحفظ والترميم ، وحقوق الامتياز العامة ، ثم امتياز مصروفات الزراعة ، والآلات الزراعية .

ولكن يلاحظ ما سبق ذكره في موضع سابق من أن المؤجر وهو حائز قد يكون حسن النية فلا يحتج عليه بالقيود والتكاليف العينية التي قد تثقل المنقول الذي دخل في وعاء امتيازه ، اذ انه بحكم حيازته مع حسن نيته يستطيع أن ينكرها فيتقدم على أصحابها . ومثال ذلك أن يضع المستأجر في العين المؤجرة منقولات مثقلة بامتياز الحفظ والترميم ، دون أن يعلم المؤجر بذلك فانه ، أي المؤجر ، يصبح حائزا حسن النية لا يحتج عليه بامتياز الترميم

---

(1) راجع المادة 323 مرافعات التي تنص على انه إذا وقع مؤجر العقار الحجز على منقولات المستأجر من الباطن طبقا للمادة 317 فان إعلان الحجز لهذا المستأجر يعتبر أيضا بمثابة حجز تحت يده على الأجرة وإذا كان المستأجر الأصلي غير ممنوع من التأجير من الباطن جاز للمستأجر من الباطن أن يطلب رفع الحجز على منقولاته مع بقاء الحجز تحت يده على الأجرة .

رغم أسبقيته في المرتبة ، وكذلك الحال لو تعلق بهذه المنقولات امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ... الخ .

ويترتب على ذلك أن صاحب الامتياز المتقدم على امتياز المؤجر لن يستطيع أن يحتج به في مواجهته إلا إذا اثبت سوء نيته ، أي أن يثبت أن المؤجر كان يعلم عند دخول المنقول إلى العين انه كان محملا بامتياز سابق متقدم عليه .

وقد نصت على هذه الأحكام المتقدمة المادة 1133 مدني بقولها :

1- لا يحتج بحق الامتياز على من حاز منقولا بحسن نية

2- ويعتبر حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه .

المبحث الثالث

امتياز صاحب الفندق

نصت على هذا الامتياز المادة 1144 مدني :

1- المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها امتياز على الأمتعة التي احضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته .

2- ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل – إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة ، ولصاحب الفندق أن يعارض في نقل الأمتعة من الفندق مادام لم يستوف حقه كاملا . فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فان حق الامتياز يبقى قائما عليها دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية "

3- ولامتياز صاحب الفندق ذات المرتبة التي لامتياز المؤجر ، فإذا تزاحمت الحقوق قدم الأسبق في التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر .

وقد قرر المشرع هذا الامتياز حماية لصاحب الفندق نظرا لأنه لا يستطيع أن يحصل على مستحقاته مقدما في كل الحالات ، فهو يؤدي الخدمة لعملائه ثم يحاسبهم في نهاية مدة الإقامة ، يضاف إلى ذلك أن كثيرا من عملاء الفنادق هم أشخاص لا يعرفهم صاحب الفندق بصفة شخصية وعادة ما يكونون من العابرين غير المقيمين في المنطقة التي يوجد بها الفندق ، ولا يستطيع مسبقا أن يقدر مدى يسارهم من إعسارهم ، وهو يركن على الأقل إلى ما معهم من أمتعة وأشياء ضمانا لما قد يستحق له قبلهم .

صاحب الامتياز :

يتمتع بالامتياز المذكور صاحب الفندق . وهي مهنة محددة لا تختلط بغيرها . وبالتالي لا يتسع الامتياز لغيره من أصحاب المقاهي أو الحانات والمطاعم ، ذلك أن هذه الفئات تقدم شرابا وطعاما ولكنها لا تقدم سكنا للعميل ،

كما لا يتسع هذا الامتياز لمؤجر المفروش إذ يستفيد هذا المؤجر من امتياز المؤجر وليس من امتياز صاحب الفندق . ولكن الامتياز يشمل أصحاب البنسيونات ، لان البنسيون يعد كالفندق ويقدم ذات الخدمات من مأكل ومشرب ومسكن .

الحقوق الممتازة :

أشارت الفقرة الأولى من المادة 1144 مدني إلى أن الامتياز يضمن المبالغ المستحقة في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة المؤونة وما صرف حسابه : ويدخل في ذلك أجرة غرفة النوم وثمن ما يستهلكه من مأكولات ومشروبات ومصاريف أخرى كالاتصالات التليفونية أو التلكس وكي الملابس وثمن تذاكر العروض الترفيهية . وكذلك كل ما صرف لحساب أسرته وتابعيه وما قد يوجد معه من حيوانات .

ويكون الحق الممتاز هو ذلك الحق الناشئ عن مستحقات حالة وليس عن مرات سابقة لم يتمسك صاحب الفندق بامتيازه عنها في حينها ويستوي أن يكون النزيل من ذات البلد أو عابر من بلد آخر ذلك انه من الصعب على صاحب الفندق أن يلم بمدى يسار النزيل حتى ولو كان من ذات البلدة خاصة في المدن الكبرى التي تزدحم بالسكان . وأخيرا يستوي أن تكون مدة الإقامة طويلة أو قصيرة ، فأمر مدة الإقامة لا أهمية له .

محل الامتياز :

يرد الامتياز على الأمتعة الموجودة مع النزيل ولو كانت غير مملوكة له ، أي يستوي في ذلك أن تكون مملوكة له أو لغيره مادام صاحب الفندق لا يعلم وقت إدخالها إلى الفندق بحقوق الغير عليها . كما يشمل الامتياز أمتعة المقيمين مع النزيل كزوجته وأبنائه وتابعيه ولو لم تكن أيضا مملوكة لهم . كل ذلك مع تحفظ هو وجوب مراعاة احكم الأشياء المفقودة أو المسروقة .

والمقصود بالأمتعة فيما سبق ذكره هو كل ما يخص العميل واحضره معه إلى الفندق من مجوهرات ونقود وأشياء أخرى قابلة للحجز عليها كالسيارة والخيول والبضائع .. وكل ما يستجد مع النزيل ويأتي به أثناء الإقامة في الفندق .

ولان لصاحب الفندق امتيازا على الأمتعة على النحو السابق فانه يستطيع أن يعترض على خروجها من الفندق تأكيدا لضمان حقوقه ، فإذا خرجت رغم اعتراضه أو بغير علمه كان له الحق في استردادها على نحو ما سبق ذكره بمناسبة الحديث عن امتياز مؤجر العقار[1] غير أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أشارت إلى انه ليس لصاحب الفندق أن يوقع على المنقولات حجزا استحقاقيا . وان كنا لا نرى وجها للتمييز في هذا الشأن بين امتياز المؤجر وصاحب الفندق ، خاصة أنهما يقومان على فكرة الضمان وكلاهما مقرر لشخص يتمتع بصفة المؤجر .

مرتبة الامتياز :

مرتبة هذا الامتياز هي المرتبة السادسة ، وهي ذات مرتبة امتياز المؤجر . فإذا تزاحم الحقان كانت الأولوية للأسبق منهما تاريخا ما لم يكن غير نافذ في حق الآخر .

فإذا اخرج المستأجر بعض الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر ونزل بها في فندق صاحبه لا يعلم أن للمؤجر امتياز على هذه الأمتعة ، أو حجز المؤجر عليها حجزا استحقاقيا في الميعاد ، فان امتياز المؤجر وهو الأسبق في التاريخ هو الذي يقدم ، أما إذا لم يحجز المؤجر ، فان امتيازه لا يكون نافذا بالنسبة لصاحب الفندق فيقدم امتياز هذا الأخير .

كذلك إذا اخرج النزيل أمتعته ووضعها في عين مؤجرة . وكان المؤجر حسن النية ، كان امتيازه مقدما ، لان امتياز صاحب الفندق ، وهو الأسبق في التاريخ ، لا ينفذ في حقه[2] .

---

(1) مع مراعاة حالة الحائز حسن النية ، ما لم تكن المنقولات سرقت من الفندق فيجوز استردادها ولو كان حائزها حسن النية .

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جزء 7 ص 318 – 319 .

المبحث الرابع

امتياز بائع المنقول

نصت المادة 1145 مدني على أن :

1- " ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته تكون له امتياز على الشيء المبيع ، ويبقى الامتياز قائما مادام المبيع محتفظا بذاتيته . وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية . مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية "

2- " ويكون هذا الامتياز تاليا في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا انه يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق "

ويقوم هذا الامتياز على فكرة عادلة هي أن البائع هو الذي وضع المنقول المبيع في ملك المشتري ، فإذا تصادف ، قبل أن يستوفي كامل الثمن والمحلقات ، أن أوقع الدائنون حجزا على هذا المنقول ، فان العدالة تقتضي أن يستوفي البائع ما بقى له من مستحقات بالأولوية على غيره يضاف إلى هذا الاعتبار أن تدعيم ثقة البائع في حصوله على ثمن المبيع إنما هو تدعيم لعقد البيع بحسبانه أهم وسيلة قانونية يعرفها المجتمع لتداول السلع والمنتجات بين أشخاص الحياة القانونية . وأخيرا يضيف بعض الفقه تفسيرا مؤداه أن البائع ما كان ليرضى بنقل الملكية إلى المشتري قبل سداد كامل الثمن وملحقاته ، إلا مع احتفاظه بميزة التقدم على غيره بالنسبة لما بقى من مبالغ في ذمة المشتري[1] .

ولقد كان وصول النظم القانونية اللاتينية إلى تقرير هذا الامتياز اثر تطور تاريخي طويل . فالقانون الروماني لم يكن يعرف مثل هذا الامتياز وذلك لسبب بسيط وهو أن هذا القانون كان يعلق نقل الملكية على الوفاء بالثمن ، وبالتالي لم تكن مشكلة ضمان استيفاء الثمن مطروحة من الأساس ، فلما تطور الفن القانوني وصولا إلى قاعدة نقل الملكية بمجرد التعاقد في الأشياء المعينة بالذات ، وبالإفراز في الأشياء المثلية ، حتى ولو كان الثمن مؤجلا[2] ظهرت ضرورة وضع تامين لضمان استيفاء البائع للثمن أو لما بقى منه . وقد

---

(1) محمد كامل مرسي رقم 470 .

(2) خاصة مع انتشار ظاهرة بيع المنقولات والأجهزة المنزلية بالتقسيط

استجابت النظم القانونية المعاصرة ومنها القانون الفرنسي والمصري لتلك الضرورة في صورة تقرير امتياز بائع المنقول .

ويقتصر الامتياز المشار إليه على حالة البيع الوارد على منقول سواء كان المنقول ماديا أو معنويا وبالتالي فلا ينصرف إلى أي عقد آخر ، ولو كان من شانه نقل الملكية كالمقايضة[1] .

ويسري الامتياز في حالة بيع المنقول ولو أضفى عليه المتعاقدان ، خطا ، وصفا آخر . ذلك أن تكييف العملية القانونية إنما يتوقف على حقيقة العناصر المكونة لها وليس بما وصفه بها المتعاقدان . وبالتالي فان وصف العقد بأنه بيع أو غيره هي مسالة قانونية تدخل في صميم عمل القاضي .

الحقوق الممتازة :

يضمن امتياز بائع المنقول ما هو مستحق من الثمن ، سواء كان كل الثمن أو الجزء المتبقي منه . كما يشمل الامتياز الملحقات مثل الفوائد والمصروفات التي تقع على عاتق المشتري مثل مصروفات تحرير العقد ومصروفات المطالبة بالوفاء[2] بالدين . ولكنه لا يشمل التعويض الذي قد يستحق للبائع لإخلال المشتري بالتزامه سواء كان التعويض اتفاقيا (الشرط الجزائي) أو كان قضائيا حكمت به المحكمة .

ويشترط في المبالغ الممتازة أن تكون ثمنا بالمعنى الصحيح قانونا ولكي تكون كذلك لابد أن نكون بصدد عقد بيع ، كما سبقت الإشارة ، وان يكون هذا العقد صحيحا من الناحية القانونية ، فلا امتياز في عقد باطل بطلانا مطلقا أو قابل للبطلان وقضي ببطلانه .

محل الامتياز :

يرد الامتياز على المنقول المبيع . ويظل هذا المنقول محملا بالامتياز ما ظل قائما بذاتيته . أما إذا تحول إلى شيء آخر ، أو ادمج في شيء آخر ، بحيث فقد ذاتيته سقط الامتياز . ويلاحظ أن المنقول يظل محتفظا بذاتيته ، ولو

---

(1) إلا إذا كان هناك معدل نقدي يمثل الفرق بيت القيمتين .

(2) على خلاف في الراي بالنسبة لمصروفات المطالبة .

تغيرت ملامحه ، مادام من الممكن التعرف عليه بمعالمه الأساسية . ومن قبيل ذلك أن يظل الامتياز قائمة على الأقمشة ولو صنعت ثيابا وعلى الخشب ولو صنع أثاثا أو أدوات مكتبية كذلك الحال لو طرا على المنقول تغير حكمي ، أي غير حقيقي ، كما لو خصص المنقول لخدمة عقار ولاستغلاله (ما لم يدخل في وعاء رهن رسمي) .

أما إذا ادمج المنقول في عقار دمجا كاملا بحيث فقد معالمه وذاتيته فان الامتياز يسقط ، كالأحجار أو الطوب التي صارت جزء من المبنى أو الدقيق الذي صار خبزا . وقد قررت هذه المعاني السابقة الفقرة الأولى من المادة 1143 مدني بقولها " يبقى الامتياز قائما مادام المبيع محتفظا بذاتيته"

مرتبة الامتياز :

يحتل هذا الامتياز المرتبة السابعة وهي التالية لامتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق ، ومعنى ذلك انه إذا بيع منقول وكان محملا بامتياز البائع في فندق أو مسكن مؤجر – فان امتياز المؤجر يتقدم على امتياز بائع المنقول . غير أن هذا الترتيب لا يخل كما تذكر المادة 1145 من القانون المدني بالحقوق التي يكتسبها الغير حسن النية على المنقول ، وبالتالي فرغم أن ترتيب الامتياز هو السابع فان صاحبه يستطيع أن يتجاهل كل امتياز متقدم عليه في المترتبة تمسكا بحسن نيته في حيازة المنقول .

وعلى العكس من ذلك فان مؤجر العقار أو صاحب الفندق لا يستطيع أن يتمسك بمرتبته المتقدمة ضد بائع المنقول (رغم تأخر مرتبته عنها) إذا ثبت انه يعلم أن المنقولات مثقلة بامتياز البائع ، وقد قررت هذا الحكم المادة 1145 بقولها " يسري امتياز بائع المنقول على مؤجر العقار وصاحب الفندق " وواضح أن سبب هذا الحكم يعود إلى أن المؤجر أو صاحب الفندق بعلمها بان المنقول لم يدفع ثمنه ، كله أو بعضه ، ليس بحسن النية في التمسك بتقدم امتيازه على امتياز بائع المنقول .

ويلاحظ أخيرا وبصفة عامة أن حق البائع في تتبع المنقول ليمارس عليه امتيازه قد يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا توافر السبب الصحيح وحسن النية لدى الحائز " لا يحتج بالتالي بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسب نية (م 1133 مدني) وعلى هذا النحو فان صاحب امتياز

البائع لا يستطيع أن يتتبع المنقول إلا في مواجهة من حازه بسوء نية أو لم يتوافر له سبب صحيح لحيازته (أو كان فقد المنقول بسبب السرقة أو الضياع من المشتري) . وتطبيقا لذلك فإذا تعاقبت البيوع[1] على المنقول المثقل بالامتياز ، فقد البائع الأول امتيازه بوصول المنقول إلى مشتري حسن النية ، حيث يصبح هذا البائع دائنا عاديا وليس له حق تتبع المنقول ، وان كان له أن يحجز على الثمن إذا لم يكن قد دفع – تحت يد المشتري الثاني . وإذا كان المشتري الأول لم يسلم المنقول بعد لمن اشتراه فان الامتياز يظل قائما . ومن مصلحته (صاحب الامتياز) في هذه الحالة أن يسارع بطلب فرض الحراسة عليه عملا بالفقرة 3 من المادة 1133 مدني " إذا خشي الدائن لأسباب معقولة ... "

المبحث الخامس

امتياز متقاسم المنقول

نصت المادة 1146 مدني على أن :

1- " للشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل "

2- " وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ "

ويقوم هذا الامتياز على فكرة قريبة من الفكرة التي بني عليها امتياز بائع المنقول ، وهي أن الدائن قد ساهم في إدخال المنقول إلى ملك الشريك الآخر في مقابل وفي حدود ما استحق له من معدل القسمة ، وبالتالي تقرر له ، عدالة ، امتياز لحقه في الرجوع بذلك المعدل . وربما ثار التساؤل حول السبب في أن المشرع لم يدخل مثل هذا الامتياز ضمن امتياز بائع المنقول ، بجامع الفكرة بينهما ، بدلا من أن يفرد له مكانا مستقلا ؟ وتكمن الإجابة على هذا التساؤل في أن البيع تصرف ينقل أو يؤدي إلى نقل الملكية في المنقول في حين أن القسمة حسبما يتصورها القانون المصري ذات اثر كاشف بمعنى أنها لا

---

(1) كذلك لا يحتج بالامتياز على الدائن المرتهن رهن حيازة إذا توافر له حسن النية .

تنقل ملكية جديدة للمتقاسم بل تكشف عن ملكية كانت له منذ بداية الشيوع (الأثر الرجعي للقسمة) لذلك كان يتعذر استفادة المتقاسم من امتياز البائع وتعين بالتالي أن يفرد له المشرع امتيازا خاصا به . وهو امتياز يحقق قدرا من العدالة بين المتقاسمين لضمان الديون التي ترتبت على القسمة أو بسببها .

الحقوق الممتازة :

يستفيد من الامتياز المتقدم ذكره كل متقاسم دائن بمعدل قسمه ، يستوي في ذلك أن تكن القسمة قد تمت وديا أو تمت عن طريق القضاء . كما يستوي أن يكون مصدر الشيوع عمل إرادي كالعقد أو واقعة قانونية كالميراث .

ويشمل الامتياز أولا معدل القسمة السالف ذكره وهو المبالغ الذي تستحق كفرق بين الحصص . فإذا ورد الشيوع على عدة منقولات آلت للشركاء بمقتضى تصرف قانوني أو بمقتضى الميراث ، وتبين عند القسمة أن بعضها أكثر قيمة من البعض الآخر فان من يحصل على منقول اقل قيمة يستحق معدل قسمة بقيمة الفرق ، ويكون له على ما آل إلى الشريك الأخر امتياز ضمانا لاستيفاء هذا المعدل . أي أن الامتياز يقع على المنقول الذي آل إلى الطرف الأخر الملتزم بدفع الفرق ، كما يشمل الامتياز التعويض الذي يستحق للمتقاسم في حالة استحقاق حصته للغير بسبب حق ادعى وجوده قبل القسمة ، وانتهى الادعاء بنجاح المدعي في دعواه واستحقت له حصة الشريك . وفي هذه الحالة يطالب المتقاسم الشركاء بقيمة حصته ، وله في هذه القيمة امتياز على المنقول موضوع القسمة .

وأخيرا يشمل الامتياز ثمن التصفية إذا بيع المنقول بالمزاد بين الشركاء فمن رسى عليه المزاد منهم يكون مدينا لكل شريك بقدر نصيبه ويكون هذا المنقول مثقلا بالامتياز ضمانا لهذه الديون . أما إذا بيع المنقول لأجنبي عن الشركاء فلا يثبت أي امتياز للشركاء بطبيعة الحال ، وان كان يثبت لهم امتياز بائع المنقول قبل المشتري .

مرتبة الامتياز :

يحتل هذا الامتياز ذات مرتبة امتياز بائع المنقول ، فان تزاحما قدم الأسبق منهما . فإذا حدثت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع على امتياز المتقاسم والعكس بالعكس صحيح .

الفصل الثالث
حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار

نظم القانون المدني حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار في المواد 1147 ، 1148 ، 1149 وهي على التوالي امتياز بائع العقار بالنسبة لحقه في الثمن وملحقاته وامتياز المقاول والمهندس المعماريين بقيمة ما زاد بسبب أعمالهم في قيمة العقار وقت بيعه ، وامتياز متقاسم العقار بقيمة ما يرجع به كل منهم على الآخرين بما في ذلك معدل القسمة .

ويجمع بين حقوق الامتياز المذكورة أولا أنها حقوق امتياز خاصة ترد على مال معين وثانيا أن هذا المال هو دائما عقار ، ولان الامتياز هو امتياز خاص عقاري فقد أخضعه القانون لأحكام الرهن الرسمي خاصة أحكام القيد وتجديده ومحو القيد والتطهير وبالجملة كل ما لا يتعارض مع طبيعة حقوق الامتياز . ويترتب على ذلك أن مرتبة الامتياز الخاص العقاري تتحدد بتاريخ قيده في الشهر العقاري ، وبالتالي يصبح نافذا في حق الغير من وقت هذا القيد .

ونعرض فيما يلي لكل من حقوق الامتياز المذكورة .

المبحث الأول
امتياز بائع العقار

تنص المادة 1147 مدني على أن :

1- ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع

2- ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلا وتكون مرتبته من وقت القيد .

ويستهدف من هذا الامتياز ضمان حقوق البائع فيما بقى له من الثمن أو جزء منه وكذلك ملحقاته الثمن . وتبرر هذا الامتياز أيضا اعتبارات العدالة إذا لا يجوز ، عدالة ، ألا يحصل البائع على ثمن العقار ثم يزاحمه غيره من دائني المشتري وإلا كان القول بعكس ذلك مؤديا إلى إثراء هؤلاء الدائنين من غير سبب على حساب البائع الذي ادخل العقار في ذمة المشتري دون أن يتقاضى منه كامل الثمن .

صاحب حق الامتياز :

تقرر هذا الامتياز للبائع (بائع العقار) وبالتالي فالفرض أننا بالضرورة أمام عقد بيع مستوف لأركانه وشروط صحته القانونية ، يستوي في ذلك أن يكون العقد مسجلا أم مازال عقدا عرفيا أو حكم به قضاء صحة ونفاذا . كما يثبت الامتياز في حالة البيع بطريق المزاد العلني . وفي حالة الشفعة إذا حل الشفيع محل المشتري في العقار المبيع فان امتياز البائع يثبت قبل الشفيع أيضا . وفي جميع الحالات يستوي أن يكون البيع منجزا أو مضافا إلى اجل أو معلقا على شرط .

غير أن الامتياز المذكور يثبت أيضا في عقود أخرى تأخذ حكم البيع . ومن قبيل ذلك حالة الوفاء بعقار كمقابل للمديونية (وفاء بمقابل) . فإذا قدم المدين عقارا مملوكا له في مقابل ما في ذمته ، وكانت قيمة العقار اكبر من قيمة الدين فان قيمة الفرق تعتبر دينا في ذمة الدائن وتتمتع بامتياز البائع ضمانا للوفاء به. وهذا الحكم ما هو إلا تطبيق للمادة 351 مدني والتي تنص على أن تطبق على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين ، أحكام البيع .

كذلك يثبت امتياز البائع لمن يقرض المشتري مبلغا من النقود ليدفعه ثمنا للعقار بشرط أن يذكر ذلك في عقدي القرض والبيع . وهذا الحكم بدوره تطبيق لقاعدة الحلول الواردة في م 328 مدني " يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ، ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء ، وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي اقرضه الدائن الجديد" كذلك الحال في حالة المقايضة إذا التزم احد المتقاضيين بدفع فرق ، فان هذا الفرق

يأخذ حكم ثمن البيع ويكون دينا ممتازا ، يستوي أن يكون الفرق كبيرا أو صغيرا .

وينبني على ما سبق انه إذا لم يكن العقد بيعا أو في حكم البيع على نحو ما سبق فلا يثبت الامتياز . فالعوض النقدي المشروط في عقد هبه لا امتياز له ، لان وجود العوض لا يقلب الهبة بيعا ولا يجعلها في حكم البيع .

ولكن مع ملاحظة أن العوض لو كان مساويا لقيمة المال الموهوب أو قريب منه أو أكثر منه فان حقيقة التصرف لا تكون هبه ، ويكون تكييفه الصحيح على انه عقد بيع يثبت معه الامتياز للبائع .

الحق الممتاز :

حددت المادة 1147 مدني الحق الممتاز بأنه ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته . أما الثمن فهو ما يلتزم به المشتري في مقابل التزام البائع بنقل الملكية ، وهو لا بد أن يكون مبلغا من النقود كما هو مستقر في القانون الوضعي ، والامتياز يضمنه كله إذا كان مؤجلا أو أجزائه إذا كان مقسطا وحتى آخر قسط منه . وإذا كان الثمن في صورة إيراد مرتب فان الامتياز يضمن الوفاء به في مواعيده الدورية المتفق عليها[1] . وقد يكون الثمن هو معدل الفرق في المقايضة أو معدل الزيادة في الوفاء - بمقابل على نحو ما سبق أن اشرنا[2] .

أما ملحقات الثمن فتأخذ أشكالا متعددة أهمها الفوائد سواء كانت مستحقة بمقتضى الاتفاق أم بمقتضى نص قانوني ، كما تشمل المصروفات التي أنفقت في تحرير العقد ، ورسوم التسجيل وإجراءاته والتي يتحملها المشتري[3] ويرى البعض أنها تدخل في نطاق الامتياز إذا سددها البائع (في حين يرى رأي آخر أن سداد البائع لها يعد قرضا لا يشمله الامتياز)

---

(1) فإذا تصادف أن تحدد الثمن في جزء منه نقدا وفي الجزء الآخر عينا في صورة أشياء أو بضائع ، فان قيمة هذه الأشياء لا يضمنها الامتياز لأنها جزء من مقايضة ومع ذلك هناك من يرى شمولها بالامتياز إذا قدر لها مقابل نقدي محدد في العقد .

(2) كما يشمل الامتياز الزيادة التي تستحق للقاصر لتكمله الثمن نتيجة لبيع عقاره بغبن يزيد عن الخمس .

(3) قانونا أو اتفاقا .

ويترتب على ما سبق أن مالا يعد ثمنا لا يكون دينا ممتازا ، فالتعويض المترتب على فسخ العقد ، وكذلك ما يقضي به للمقايض كتعويض عن استحقاق العقار المقايض عليه .

وقد يثور التساؤل حول حالة ما إذا اقر البائع صوريا انه قبض الثمن نقدا من المشتري في حين أن حقيقة الأمر انه حرر بالثمن شيكات أو كمبيالات على نفسه . ونعتقد أن الامتياز ينقضي في هذه الحالة بسبب انقضاء دين الثمن ، لأن حقيقة الأمر أن هناك انقضاء للالتزام بدفع الثمن – حيث حل محله اتفاق على قرض من البائع للمشتري تم إثباته في سندات أخرى غير عقد البيع .

محل الامتياز :

يرد الامتياز على العقار المبيع أيا كانت الصورة التي اتخذها عقد البيع ، أي سواء ورد على حصة شائعة أو على حصة مفرزة ، وسواء ورد على كل العقار أو جزء منه ، وسواء ورد على الملكية كاملة أم ورد فقط على حق الانتفاع أو حق الرقبة[1] . كما يرد الامتياز على العقار أيا كان شكله أو تخصيصه : أرضا فضاء أو زراعية أو بناء قائما . ويمتد وعاء الامتياز ليشمل ملحقات العقار كالمنشات والتحسينات والعقارات بالتخصيص وكذلك الثمار منذ لحظة تسجيل تنبيه نزع الملكية[2].

ويلاحظ انه إذا كان الامتياز بسبب بيع حصة شائعة فانه لا يقع إلا على هذه الحصة ، فإذا تمت القسمة بين المشتري وزملائه انحصر الامتياز في قدر نصيبه المفرز إذا كان مساويا للقدر المبيع أما إذا آل إلى المشتري نتيجة للقسمة كل العقار (أو نصيب اكبر مما اشتراه) فان امتياز البائع لا ينصرف إلا إلى قدر يساوي الحصة المبيعة .

وإذا باع شخص واحد عدة عقارات بعقد واحد لكل منها ثمن مستقل ومحدد ، أصبح للبائع امتياز مستقل على كل منها ضمانا لما بقى من ثمنه. أما

---

(1) مع ملاحظة أن امتياز بائع حق الانتفاع ينصب على هذا الحق فقط ولو آلت الرقبة إلى صاحب حق الانتفاع ، أما بائع الرقبة فله امتياز على كل الملكية إذا آل الانتفاع إلى مشتري الرقبة ، السنهوري ، رقم 730 .

(2) وهي ذات أحكام الرهن الرسمي

إذا كان الثمن إجماليا كصفقة واحدة فان للبائع امتياز واحد على كل العقارات المبيعة .

وكذلك الحال لو تم البيع لعدة مشترين ، كل في العقار الذي اشتراه محددا ، وتم البيع بعقد واحد فان البائع يتمتع بامتياز قبل كل منهم على العقار الذي آل إليه[1] .

ويلاحظ – كما سبق القول – أن حق الامتياز لا يتجزأ ، أي أن كل جزء من العقار ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل العقار .

مرتبة الامتياز :

تتحدد مرتبة هذا الامتياز بتاريخ قيده في الشهر العقاري فهي لا تتحدد بأي تاريخ آخر حتى ولو كان عقد البيع مسجلا . والمفروض أن يقيد حق الامتياز ذاته . ويخضع القيد ونظامه لذات قواعد قيد الرهن الرسمي كما سبق أن اشرنا .

وإذا تعاقبت البيوع وبقى لكل بائع جزء من الثمن قبل المشتري منه فان كل منهم يكون امتيازه بما بقى له من الثمن مع مراعاة استيفاء إجراءات القيد وما يقتضيه تاريخه من أولوية ، فتكون الأولوية للأول ثم للثاني وهكذا. وهذه القاعدة هي مجرد إعمال للمنطق القانوني في هذا المقام ولا تخرج عما تقتضيه القاعدة العامة في الرهن العقاري باعمال الأولوية حسب أسبقية القيد.

(1) محمد كامل مرسي ، رقم 492 .

المبحث الثاني

امتياز المقاول والمهندس المعماري

نصت على هذا الامتياز المادة 1148 مدني :

1- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشات أخرى أو إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشات ولكن بقدر ما يكون زائد بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه .

2- ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد. هذا الامتياز بصورته الحالية مستحدث في القانون المدني الحالي ، حيث لم يكن له نظير في القانون المدني القديم . ويقوم هنا الامتياز على فكرة أن المقاول أو المهندس قد ساهم في وجود العقار والمحافظة عليه ، سواء بالتشييد أو إعادة التشييد أو الصيانة أو الترميم .

ويلاحظ ابتداء أن هذا الامتياز مقصور على المقاول والمهندس فقط فلا يستفيد به غيرهما[1] . وبالتالي فلا يستفيد به أي شخص آخر يكون قد قام بأعمال تشييد أو بناء أو ترميم أو صيانة فلا امتياز مثلا للمستأجر الذي يجري إصلاحات في العين المؤجرة وكذلك لا امتياز لعامل البناء أو عامل البياض .

ومن ناحية ثانية فان نص المادة 1148 مدني تشترط لتمتع المقاول بالامتياز أن يكون قد عهد إليه بالأعمال المذكورة في النص . فلا يثبت الامتياز لمقاول أو مهندس قام بالعمل من تلقاء نفسه بوصفه حائزا للعقار أو بوصفه فضوليا . وبالتالي لابد أن يكون قد كلف بالعمل من جانب صاحب صفة

(1) فلا يستفيد منه المقاول من الباطن الذي يتمتع بدعوى مباشرة قبل رب العمل وإذا أوقع حجزا تحت يد هذا الأخير كان له امتياز على الدين المحجوز (م 662 مدني)

كالمالك أو المستأجر أو صاحب حق الانتفاع أو الدائن المرتهن رهن حيازة أو حتى واضع اليد .

يضاف إلى ما سبق أن العقار المقصود بالنص يشمل المباني بكافة أنواعها وكذلك أية منشات أخرى كالكباري والقناطر والمخازن وحظائر تربية الحيوانات والطيور .. الخ . والامتياز على هذا النحو مقصور على المقاول الذي يقوم بأعمال البناء والتشييد ، فهو لا يثبت لمقاول تسوية أو إصلاح أو صيانة الأرض الفضاء أو الأراضي الزراعية والمصارف أو تجفيف الترع والمستنقعات أو إصلاح الري .

الحق الممتاز :

كما هو واضح من نص المادة 1148 مدني يضمن الامتياز ما هو مستحق للمقاول أو المهندس المعماري في مقابل قيامه بالتشييد أو إعادة تشييد أو صيانة وحفظ العقار . ويمتد الامتياز ليشمل فوائد المبالغ المستحقة عن أصل الدين .

محل الامتياز : حددت المادة 1148 مدني وعاء الأفضلية بأنه " المنشات بقدر ما يكون زائدا بسبب أعمال المقاول أو المهندس في قيمة العقار وقت بيعه "

ومعنى ذلك أن الامتياز ينصب على كل العقار الذي مارس عمله فيه ، ولكن ينصرف إلى ما زاد فقط في قيمته بسبب ذلك العمل والامتياز هنا يختلف عن امتياز مصروفات الحفظ والترميم في المنقول والذي يرد على المنقول كله .

وكذلك لابد أن تكون الزيادة قد نشأت عن عمل تعلق بالبناء أو المنشأ ذاته ، وبالتالي فلا امتياز إذا كانت الزيادة في قيمة العقار قد نشأت نتيجة التصقيع إذا باشر المهندس أو المقاول عمله في مكان مجاور مثلا ، كإنشاء ميدان أو شق طريق .

ويرد الامتياز على المقابل النقدي لقيمة الزيادة وقت بيع العقار . وإذا ثار نزاع حول قدر الزيادة المشار إليها فان القاضي هو الذي يقدرها مستعينا بأهل الخبرة . فإذا تحددت – بصفة نهائية طبق في شانها مبدأ عدم تجزئة

الامتياز بمعنى أن تصبح هذه الزيادة ضامنة لكل جزء من مستحقات المقاول أو المهندس وكل جزء من هذه الزيادة ضامن لكل المستحقات .

مرتبة الامتياز :

تحتسب مرتبة الامتياز من وقت قيده وقد أعادت التأكيد على هذا المبدأ المادة 2/1148 مدني . وهذا هو شأن كل الامتيازات الخاصة الواردة على عقار . وعلى هذا النحو فإذا تزاحم على العقار عدة دائنين من أصحاب الحقوق المقيدة فالعبرة في الأفضلية بالأسبق قيدا .

غير أن هذا المبدأ السابق يرد عليه تحديد نصت عليه المادة 1036 مدني والتي نصت على أن يشمل الرهن الرسمي ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة 1148 .

وتفسير ذلك أن وعاء الرهن الرسمي يشمل الملحقات الواردة في النص السابق ومنها التحسينات والإنشاءات سواء أضيفت إلى العقار المرهون رهنا رسميا قبل الرهن أو حتى لو طرأت بعد عقد الرهن . وإلحاق هذه العناصر بوعاء الرهن الرسمي قد يعرقل وعاء امتياز المقاول أو المهندس بالنسبة للإنشاءات والتحسينات التي يضيفها وبالتالي فقد يحجم كل منهما عن قبول العمل في العقار المرهون إزاء شمول وعاء الرهن الرسمي للزيادة أو الإضافة التي يحدثها .

لذلك حرصت المادة 1036 مدني سالفة الذكر على التحفظ : " مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين " وعلى هذا النحو ، ووفقا لهذا التحفظ ، فلن يضار المقاول أو المهندس من شمول الرهن الرسمي – أن وجد – للملحقات ، إذ يستثني من هذا الشمول أي إضرار بالمقاول أو المهندس . ولذلك تكون الأولوية لامتياز المقاول أو المهندس بحدوده حتى ولو كان الرهن الرسمي اسبق قيدا من حق الامتياز . غير أن هذا التحفظ مشروطا كما واضح بان تكون إضافة المهندس أو المقاول قد طرأت بعد الرهن الرسمي . أما إذا كانت تلك الإضافة سابقة على الرهن الرسمي فإننا

نعود إلى قاعدة أسبقية القيد فإذا كان المقاول أو المهندس قد تراخى في قيد امتيازه حتى سبقه في القيد دائن مرتهن رهنا رسميا فان العبرة بأسبقية القيد ولا يلومن إلا نفسه .

المبحث الثالث

امتياز متقاسم العقار

امتياز المتقاسم في العقار هو آخر امتياز عرض له القانون المدني في آخر مادة من مواده وهي المادة 1149 حيث جاء فيها :

1- للشركاء الذي اقتسموا عقارا حق امتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد .

ويرمي هذا الامتياز إلى تحقيق المساواة بين متقاسمي العقار عن طريق ضمان الديون المترتبة عليها ، فضلا عما يذكر في مثل هذا الامتياز (امتياز متقاسم المنقول أيضا) من أن المتقاسم وقد ادخل الشيء في ذمة شريكه السابق ولا يجوز أن يضار بمزاحمة دائني هذا الشريك خاصة في حالة استحقاق حصته للغير . وتعود نشأة هذا الامتياز إلى القانون الفرنسي القديم (حيث أن القانون الروماني لم يكن يعرفه) وذكره الفقيه الفرنسي بوتييه كواحد من الرهون الضمنية ثم جاء قانون نابليون سنة 1894 ونص عليه ومنه انتقل إلى القانون المدني المصري القديم ، ثم إلى الصورة الحالية في المادة 1149 من القانون المدني الحالي .

ويتقرر هذا الامتياز لكل متقاسم " للشركاء الذي اقتسموا " ويستوي في ذلك أن يكون سبب الشيوع عملا إراديا كعقد شراء أو عقد شركة ، أو واقعة قانونية كالميراث .

الحقوق الممتازة :

يضمن الامتياز المشار إليه حقوق كل متقاسم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، أيا كانت طريقة القسمة ، وعلى هذا النحو تكون الحقوق الآتية حقوقا ممتازة :

1 – حق الشريك المتقاسم في معدل القسمة ، وقد سبق تعريفه بانه الفرق الذي يدفع للمتقاسم في مقابل حصوله على حصة اقل من نصيبه .

2- الثمن الذي رسا به المزاد على احد المتقاسمين لتعذر قسمة العقار عينا .

3- تعويض ضمان الاستحقاق

4- الفوائد المستحقة عن أي حق من الحقوق السالف ذكرها .

محل الامتياز

يرد الامتياز على العقارات التي وردت عليها القسمة ، وهو يشملها ويشمل أيضا ما يتعلق بها من ملحقات وإضافات . غير أن تحديد محل الامتياز يختلف باختلاف الحق الممتاز .

فإذا كان الأمر متعلقا بمعدل القسمة فان الامتياز لا يرد إلا على العقار الذي وقع في نصيب المدين بالمعدل ، وبالتالي " لا يقع على العقارات الأخرى – ولو كانت ضمن عملية القسمة – مادامت قد آلت إلى أشخاص غير ملزمين بأي فرق .

أما إذا كان الامتياز عن الثمن الذي رسا به المزاد على احد المتقاسمين فان المحل يتحدد بالعقار الذي بيع بالمزاد .

أما عن تعويض ضمان الاستحقاق ، فان الامتياز يرد على كل العقارات التي جرت قسمتها ، ولكن كل متقاسم يلتزم بالنسبة للعقارات التي وقعت في حصته بمقدار هذه الحصة وقد نصت على هذا الحكم المادة 844 مدني :

1- " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزما بنسبة

حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان احد المتقاسمين معسرا ، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المقاسمين غير المعسرين "

2- " غير انه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ويمتنع الضمان أيضا إذا كان راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه "

مرتبة الامتياز :

يتعين قيد هذا الامتياز الخاص العقاري وهو يأخذ مرتبته من تاريخ قيده (م 1149 مدني و م 12 من قانون الشهر العقاري)

غير أن تحديدين يردا على هذا الحكم الخاص بالمرتبة :

التحديد الأول :

أن المتقاسم يتقدم على الدائن المرتهن الذي انتقل رهنه بعد القسمة إلى عقارات أخرى غير تلك التي رهنها حتى ولو اجري القيد الجديد خلال التسعين يوما المنصوص عليها في المادة 1039 مدني والتي تبدأ من تاريخ إخطاره بالقسمة . وعلى هذا الأساس فان الرهن الرسمي وان كان يظل محتفظا بمرتبته القديمة إلا انه في مواجهة امتياز المتقاسم يتأخر عنه ضمانا لما هو مستحق في ذمة الشريك .

التحديد الثاني :

أن بعض حقوق الامتياز التي لا يلزم فيها الشهر قانونا تتقدم على حقوق الامتياز العقارية الخاصة ولو كانت مشهره بقيدها . وهذه الحقوق المتقدمة هي امتياز المصروفات القضائية إذا ورد على عقار وحقوق الامتياز العقارية التي تضمن الوفاء بمستحقات الخزانة العامة وهي حقوق لا يلزم فيها الشهر (م 1138 ، م 1134 مدني) .

القسم الثالث
حق الاختصاص

القسم الثالث
حق الاختصاص

الاختصاص هو نوع من الرهن يتقرر لمصلحة الدائن على عقار أو أكثر من عقارات مدينه ضمانا للوفاء بالمديونية . وهو يتفق بالتالي مع الرهن الرسمي في أن كل منها يرد على عقار أو أكثر مملوك للمدين ويختلف عنه في أن الرهن الرسمي مصدره الاتفاق في حين أن حق الاختصاص مصدره حكم قضائي .

وفي القانون الفرنسي نظم المشرع نظاما شبيها يسمى بالرهن القضائي في المادة 2123 مدني فرنسي والتي نصت في فقرتها الأولى على أن الرهن القضائي ينشأ عن حكم قضائي لمصلحة المحكوم له سواء كان الحكم حضوريا أو غيابيا ، نهائيا أو مؤقتا ، كما ينشا عن حكم المحكمين المشمول بالصيغة التنفيذية ، كذلك أحكام القضاء الصادرة في دولة اجنبية متى شملت بالصيغة التنفيذية من القضاء الفرنسي . ومع مراعاة أحكام القيد والأولويات الواردة في القانون المدني الفرنسي ، فان الدائن يستطيع قيد رهنه القضائي على جميع العقارات المملوكة في الحال للمدين ، كما انه يستطيع أن يجري قيدا تكميليا على العقارات التي تدخل إلى ذمته في المستقبل .

وعلى هذا النحو فان الرهن القضائي في القانون الفرنسي هو رهن عام يثقل عقارات المدين في ذمته حالا ويمكن أن يلحق بما يطرأ منها على ذمته مستقبلا ، بغض النظر عن أي تناسب بين قدر الدين وقيمة العقارات التي يثقلها هذا الرهن القضائي .

أما في مصر فقد كانت المجموعة المختلطة تأخذ بمذهب القانون الفرنسي في تصوره لهذا الرهن القضائي والسابق ذكره . أما القانون المدني الأهلي الصادر سنة 1883 فقد استبدل بالرهن القضائي حق الاختصاص، وقيده بوجوب صدور إذن من رئيس المحكمة الذي يقدر قدر العقار أو العقارات التي يرد عليها الاختصاص . وكان هذا الاختصاص يقتصر على أموال المدين الحاضرة دون أمواله المستقبلة . وفي 5 ديسمبر سنة 1886 عدلت أحكام القانون المختلط حيث ألغى نظام الرهن وحل محله نظام حق الاختصاص نزولا على الضرورة التي ظهرت نتيجة مساوئ الرهن القضائي بصورته القديمة والذي كان يسمح للدائن أن يتعسف مع المدين بأن يسجل رهنا قضائيا على جميع عقاراته ، أيا كان قدر المديونية ، ثم يعمد إلى بيعها بالمزاد

بأبخس الأسعار[1] . ثم جاء القانون المدني الحالي وعدل من نظام حق الاختصاص بما يتفادى العيوب التي ظهرت في العمل والانتقادات التي وجهت إليه . وقد نصت المادة 1085 مدني على انه :

1- يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل ، متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات ..

2- لا يجوز للدائن بعد موت المدين اخذ اختصاص على عقار في التركة .

ثم عرضت المواد التالية حتى المادة 1095 مدني للأحكام التفصيلية لحق الاختصاص .

وقد عرضت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الحالي لما ظهر من عيوب في ظل القانون المدني الملغي وكيف عالجها القانون الحالي ومنها :

" أنه قبل القانون المدني الحالي كانت أحكام حق الاختصاص مبعثرة بين القانون المدني القديم وقانون المرافعات . يضاف إلى ذلك أن حق الاختصاص كان يترتب عليه – بصورته القديمة - إيثار دائن على آخر دون مبرر لمجرد صدفة أن يكون الدائن هو الأسرع في الحصول على حكم قبل غيره . وقد يكون هذا الدائن هو الأكثر تعنتا مع المدين . يضاف إلى ذلك أن حق الاختصاص كان يمكن أخذه على عقارات تتجاوز قيمتها بمراحل قيمة الدين مما يؤدي إلى إنقاص قيمة عقارات المدين عند التعامل فيها ".

" لذلك حرص القانون الحالي على جمع النصوص المتعلقة بحق الاختصاص في مكان واحد سواء ما تعلق منها بالإجراءات أو بأصل الحق ورتب هذه النصوص ترتيبا منطقيا على غرار الرهن الرسمي . كما عنى المشرع بوضع ضوابط الحصول على حق الاختصاص ومن أهمها ضرورة أن يكون الدائن حسن النية . وإلا يعطي حق الاختصاص إلا بناء على حكم موضوعي يلزم بأداء معين ، وحدد متى يمكن الحصول عليه استنادا إلى حكم

(1) راجع محمد كامل مرسي ، رقم 31 .

أجنبي أو قرار هيئة تحكيم . كما وضع مبدأ عدم جواز الحصول على حق اختصاص بعد موت المدين ، وفي حالة الأعذار لا يحتج على الدائنين الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل وبذلك قضى المشرع على محاولة إيثار دائن على آخر دون مبرر . كما وضع المشرع ضمانات شكلية لمنع الدائنين من الحصول على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة على عقارات تقع في دوائر هذه المحاكم فأوجب على قلم الكتاب أن يؤشر بحق الاختصاص على صورة الحكم أو الشهادة التي تقوم مقامها وعلى كل صورة أو شهادة أخرى تسلم للدائن " .

" وأخيرا أجاز للدائن إذا اختل التعادل بين المديونية وقيمة العقارات المثقلة بحق الاختصاص أن يطلب إنقاص حق الاختصاص إما بقصره على جزء من العقارات التي رتب عليها أو بنقله إلى عقارا آخر تكون قيمته كافية لضمان المستحق من الدين[1] " .

ونعرض فيما يلي لحق الاختصاص في فصول ثلاثة :

إنشاء حق الاختصاص ثم آثاره ، وأخيرا أحكام إنقاص حق الاختصاص وأحكام انقضائه .

الفصل الأول
إنشاء حق الاختصاص

يحصل الدائن على حق الاختصاص بناء على أمر على عريضة من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار الذي يؤخذ عليه الاختصاص . وقد بينت المواد 1085 مدني وما بعدها الشروط الموضوعية والإجرائية التي يتم وفقا لها الحصول على الحق المذكور . ولان الاختصاص يرد على عقارات فانه يخضع لإجراءات القيد كما هي مقررة بالنسبة للرهن الرسمي . وهو حكم مطرد في الحالات التي يرد فيها الحق العيني التبعي على عقار ، وذلك ضمانا للشهر وبالتالي لنفاذ الاختصاص في حق الغير . وقد أعادت التأكيد على هذا الحكم المادة 1095 – بقولها " ويسري على الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد

---

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جزء 7 ص 152 وما بعدها .

وتجديده ومحوه . وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه وذلك مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة "

وهذه الأحكام التي ذكرتها المادة 1095 تم شرحها في مقام الرهن الرسمي تفصيلا فنحيل إليها . ونعرض فيما يلي للأحكام الموضوعية لإنشاء الرهن ثم لأحكامه الشكلية والإجرائية .

المبحث الأول

الأحكام الموضوعية لإنشاء الاختصاص

يتبين من استعراض نصوص المواد 1085 مدني وما بعدها في شأن حق الاختصاص أنه يتعين توافر شروط عديدة لحصول الدائن على هذا الحق . وتتمثل هذه الشروط في أربعة مجموعات هي :

شروط تتعلق بالحكم الذي تقرر الاختصاص استنادا إليه ، ثم شرط يتعلق بضرورة أن يكون الدائن حسن النية ، وشروط خاصة بالعقار محل الاختصاص ، وأخيرا شروط تتعلق بالوقت الذي يتعين فيه الحصول على الاختصاص .

ونعرض فيما يلي لهذه الشروط تفصيلا :

المطلب الأول

أولا : الأحكام التى تجيز اخذ حق الاختصاص

حددت المواد 1085 ، 1086 مدني الضوابط الموضوعية التي لابد من توافرها في الحكم الذي بيد الدائن ويسعى بواسطته للحصول على حق الاختصاص ، وهذه الضوابط هي أن يكون الحكم صادرا في موضوع الدعوى بإلزام المدين بشيء معين أن يحصل .. ومن الطبيعي أن يكون هذا الحكم صادرا من جهة قضائية صاحبة ولاية على موضوع الدعوى . ولا يجوز الحصول على اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع . كما يشترط للحصول على اختصاص بمقتضى حكم أجنبي أو بمقتضى قرار هيئة تحكيم أن يكون كل منها واجب التنفيذ وفقا لأحكام القانون المصري . ويجوز الحصول على الاختصاص بمقتضى الأحكام القضائية المثبتة للصلح بين الخصوم .

1- أن يكون بيد الدائن حكم قضائي صادر من جهة صاحبة ولاية[1] :

ومن مقتضى هذا الشرط أن يكون بيد الدائن حكم قضائي بالمعني الصحيح ، أي قرار صادر من محكمة في خصومة عرضت أمامها وفصل فيها الحكم . وذلك لان حكم المحكمة بما يعبر عنه من حقيقة قانونية (هو عنوان هذه الحقيقة) هو وحده الذي يستحق أن يحصل الدائن بمقتضاه على حق الاختصاص . وينبني على ذلك انه لا يكفي أن يكون بيد الدائن سند بدينه حتى ولو كان سندا رسميا ، كما لا يكفي أن يكون بيده أمر قضائي إذا كان هذا الأمر صادراً استناداً إلى الإختصاص الولائي للمحكمة وليس استنادا إلى اختصاصها القضائي .

وقد الحق المشرع بالحكم القضائي أمرين يضاف إليهما – فقها – ثالث فيه خلاف في الرأي :

الأمر الأول :

هو قرارات هيئات التحكيم . إذ أن هذه القرارات لا تعد أحكاما قضائية بالمعنى الصحيح ومع ذلك فإنها ترقى إلى هذه المرتبة إذا أصبحت واجبة التنفيذ .

ولصاحب المصلحة أن يقدم طلبا إلى رئيس المحكمة المنصوص عليها في المادة 9 من قانون التحكيم[2] للحصول على الصيغة التنفيذية على قرار هيئة التحكيم .

---

(1) تنص المادة 56 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على يختص رئيس المحكمة المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ، على أن يرفق بطلب التنفيذ المستندات المشار إليها في المادة 56 سالفة الذكر وهي أصل الحكم أو صورة موقعة منه ، صورة من اتفاق التحكيم ، ترجمة معتمدة للحكم إذا كان صادرا بغير اللغة العربية ، صورة من محضر إيداع الحكم وفقا للمادة 47 من القانون . أما المادة 9 من قانون التحكيم فتعقد الاختصاص في مسائل التحكيم التي تحال للقضاء المصري للمحكمة التي تختص أصلا بنظر النزاع إذا تحكيما داخليا – فان كان دوليا فالمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى مصرية .

(2) ملحوظة أن مصر سبق أن انضمت إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية (القرار الجمهوري رقم 171 لسنة 1959) .

ويصدر القاضي أمره بالتنفيذ بعد أن يتحقق من وجود مشارطة التحكيم والاطلاع عليها وبعد التحقق من عدم وجود أي مانع قانوني يحول دون التنفيذ .

الأمر الثاني :

هو محاضر جلسات المحاكم القضائية المختصة والتي تثبت صلحا تم بين الخصوم أثناء سير الخصومة ، وادي إلى انتهائها ذلك أن من حق الخصوم في حدود النظام والآداب العامة أن يتصالحوا على ما قام بينهم من نزاع أمام القضاء وفي هذه الحالة يقدمون إلى المحكمة عقد الصلح موقعا عليه من أصحاب الشأن ويطلبون منها إلحاقه بمحضر الجلسة وإثباته فيه وإعطائه قوة السند التنفيذي ، فيصدر حكم المحكمة بإثبات ذلك وإنهاء الدعوى صلحا بعد أن يوقع الأطراف على محضر الجلسة الذي اثبت طلباتهم . ورغم أن ما يصدر عن المحكمة في هذه الحالة هو مجرد إثبات لما اتفق عليه الخصوم ، وليس حكما قضائيا بالمعنى الصحيح ، فان المادة 1087 أجازت صراحة اخذ اختصاص بمقتضاه .

ويلاحظ أن هذا الحكم الأخير هو حكم وارد على سبيل الاستثناء ولولا تصريح النص به لثار في شأن صلاحيته لأخذ الاختصاص جدل ونقاش . وبالمقابل لذلك فقد حرص المشرع على استبعاد حالة معينة وهي حالة الحكم الصادر بصحة التوقيع أو الختم . ذلك أن الدعوى بصحة التوقيع أو صحة الختم تدور المنازعة فيها حول صحة الختم أو التوقيع وهل هو صحيح في نسبته إلى صاحبه أم غير صحيح . ولذلك فان رافع الدعوى يستهدف فيها حسم هذه الجزئية فحسب دون التطرق لما حوته الورقة من التزام سواء في صحته أو في بقائه في الذمة من عدمه . ولذلك فانه إذا صدر حكم بصحة التوقيع فان للمدين مستقبلا أن ينازع مع التسليم بصحة توقيعه – في صحة الالتزام بان يدعي انه باطل بطلانا مطلقا أو انه قابل للبطلان ويتمسك بإبطاله أو انه رغم صحته إلا إذا انقضى بأي سبب من الأسباب كالمقاصة أو الوفاء أو التقادم .. الخ .

واستنادا إلى هذا المنطق جاء نص المادة 1087 مدني مقررا انه لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع .

الأمر الثالث :

هو تساؤل حول الحكم الصادر بإلزام شخص بتقديم حساب . وهل يصلح سندا لأخذ حق اختصاص ضمانا لما يسفر عنه الحساب من مديونية، أو تعويض . وقد ذهب رأي إلى جواز ذلك باعتبار أن الحكم الصادر بإلزام شخص بتقديم حساب إنما يتضمن " على عاتق هذا الشخص التزاما بعمل[1] أي رابطة مديونية بالمعنى الصحيح والكامل .

وبالتالي يكون اخذ حق الاختصاص ضمانا لتنفيذ هذا الالتزام بعمل. ويستطرد أنصار هذا الرأي إلى القول بان حق الاختصاص يمتد ليضمن أيضا ما يسفر عنه الحساب من صافي المديونية لان صافي الحساب ما هو إلا نتيجة لازمة وضرورية للالتزام بتقديم الحساب . وقد كانت مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني غير معضدة لهذا الحكم الأخير قولا بأن حق الاختصاص المأخوذ بناء على حكم ملزم بتقديم حساب لا يضمن ما عسى أن يظهر في ذمة المدين من رصيد هذا الحساب " وان كان يضمن " التعويض المستحق بسبب عدم تنفيذ هذا الحكم (أي الحكم الملزم بتقديم الحساب) . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه التفصيلات لترك أمرها للقضاء يفصل فيها وفقا لظروف كل حالة .

ويذهب الرأي الآخر ، مستندا إلى ما جاء في مشروع القانون المدني قبل حذفه إلى أن الاختصاص لا يضمن ما يسفر عنه الحساب لان ما يسفر عنه الحساب من مديونية إنما يمثل التزاما مستقلا (عن الالتزام بتقديم الحساب) لذلك يجب الحصول على حكم به ثم اخذ اختصاص بمقتضى هذا الحكم إذا توافرت الشروط الأخرى للاختصاص . وعلى هذا النحو فان حق الاختصاص المستند إلى حكم بإلزام شخص بتقديم حساب لا يضمن سوى الوفاء بهذا الالتزام في ذاته فضلا عما يترتب من تعويض على الإخلال به ، دون أن يتجاوز ذلك إلى ضمان صافي ما يسفر عنه الحساب[2] .

2- صلاحية الأحكام الصادرة من محاكم أجنبية :

---

(1) محمد كامل رقم 245 ، وراجع السنهوري رقم 420 .

(2) ويرى بعض الفقه أن الإعلام الشرعي الشامل لتعهد المدين بدفع مبلغ معين لدائنه هو عقد قضائي ويعتبر حكما حقيقيا ونافذا للحصول على حق اختصاص (السنهوري رقم 419)

أجازت المادة 1086 مدني صراحة اخذ اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية " وذلك بشرط أن يكون الحكم واجب التنفيذ في مصر " . وهو يصبح واجب التنفيذ بعد شموله بالصيغة التنفيذية[1] في مصر وفقا للإجراءات التي ينص عليها قانون المرافعات المصري وبعد استيفاء ضوابط هذا القانون ، ولا يجوز وفقا للمادة 298 منه الأمر بتنفيذ حكم أجنبي إلا بعد التحقق من توافر الشروط الآتية :

1- ألا تكون المحاكم المصرية مختصة بنظر النزاع الأصلي ، وان – تكون المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة بنظره طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها .

2- أن يكون الخصوم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا أمام المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم .

3- أن يكون الحكم قد حاز قوة الأمر المقضي طبقا لقانون المحكمة التي أصدرته .

4- إلا يكون في تنفيذ الحكم ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في مصر وإلا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية .

5- مراعاة المعاهدات التي قد يكون مصر طرفا فيها في هذا الشأن وخاصة مراعاة شرط المعاملة بالمثل . وفي هذا تنص المادة 296 مرافعات على أن الأحكام الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه .

6- يشترط وفقا لرأي غالب في فقه القانون الدولي الخاص أن يكون البلد الذي صدر فيها الحكم يعرف نظام حق الاختصاص ويجيزه وبالتالي لا يجوز اخذ حق الاختصاص على عقار في مصر استنادا

(1) ويكون ذلك بطلب يقدم إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى (م 297 مرافعات) .

إلى حكم قضائي صادر عن دولة لا تعرف هذا النظام . ونعتقد من جانبنا أن مثل هذا الشرط هو احد نتائج شرط المعاملة بالمثل .

7- وأخيرا لابد أن تتوافر في الحكم الأجنبي ذات المواصفات اللازمة في القانون المصري للحصول على حق الاختصاص بان يكون حكما قضائيا صادرا في موضوع الدعوى وملزما بأداء معين .

3 – أن يكون الحكم صادرا في موضوع الدعوى وملزما بأداء معين :

ينشئ الاختصاص لصاحبه حقا عينيا على عقار مملوك للمدين ، وهو بالتالي يهيئ للدائن أولوية بحسب مرتبته على غيره من الدائنين وفقا للمنطق العام للتأمينات العينية . لذلك كان من البديهي أن يكون الحكم الذي استند إليه الدائن للحصول على حق الاختصاص حكما قطعيا صادرا في موضوع الدعوى وملزما للمدين بدين معين سواء كان عملا أو امتناعا أو مبلغا من النقود .

وينبني على هذا التحديد عدة نتائج :

أ- أن لا اختصاص إذا لم يكن الحكم قطعيا وملزما بأداء . لذلك لا يجوز أخذ إختصاص بناء على حكم بندب خبير أو بإحالة الدعوى للتحقيق ، أو بتوجيه اليمين ، أو بتعيين حارس أو بإجراء معاينة . فكل هذه الأحكام صادرة قبل الفصل في الموضوع ولا تثبت مديونية لشخص قبل شخص آخر . ومع ذلك فان الحكم غير القطعي قد يصلح سندا للاختصاص إذا صدر بإلزام بأداء كما في الحكم بنفقة مؤقتة . ويتوقف مصير الاختصاص على المصير النهائي لهذا الحكم إن بقاء أو إلغاء.

ب- أن يكون الحكم ملزما بأداء أو امتناع عن عمل ، وعلى هذا النحو فإن الأحكام القضائية حتى ولو كانت قطعية لا تخول الحصول على حق الاختصاص إلا إذا ألزمت بأداء معين وبالتالي فلا اختصاص استنادا إلى حكم قطعي صادر بعدم الاختصاص أو صادر بالاختصاص أو حكم صادر في مسالة قبول الدعوى أو عدم قبولها أو في مسالة جواز نظر الدعوى أو عدمه أو الحكم باعتبار الدعوى كان لم تكن . وكذلك الأحكام الصادرة برفض طلب أو دفع . لان

القضاء في هذه المسائل لا يتضمن الحكم بأداء مالي يصلح أن يكون سندا لحق الاختصاص .

ويلاحظ اتفاقا مع هذه المعاني أن ذات المبدأ يطبق على الحكم القطعي برفض الدعوى . كما يطبق على الحكم بإجابة طلبات المدعي إذا لم تكن الطلبات متضمنة أداء معينا مثل الحكم بإجابة المدعي إلى طلبه بتثبيت ملكيته لعقار موضوع نزاع بينه وبين المدعي عليه حيث لا يتضمن هذا الحكم عنصر الإلزام والمديونية ، وذات المنطق يطبق على الحكم القطعي ببراءة الذمة .

ولكن يلاحظ في مثل الحالات السابقة أن حكم المحكمة إذا قضى ضد احد الخصوم بالمصروفات فان هذا الحكم يصلح للحصول به على حق اختصاص على عقارات المدين .

جـ- ويلاحظ أخيرا انه إذا صدر حكم بإلزام المدين بعمل أو امتناع دون أن يقترن ذلك بمديونية نقدية محددة " تولى رئيس المحكمة تحديده مؤقتا وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص ويكون الاختصاص ضمانا للوفاء بهذا المبلغ فضلا عن ضمانة لما قد يستحق من تعويض في حالة عدم التنفيذ أو مخالفة مضمون الالتزام وشرائطه .

4- أن يكون الحكم واجب التنفيذ :

كان القانون المدني القديم يكتفي للحصول على حق الاختصاص بصدور حكم قضائي لمصلحة الدائن يستوي في ذلك أن يكون الحكم حضوريا أو غيابيا ، كما يستوي في ذلك أن يكون ابتدائيا أو نهائيا . وقد اتجه مشروع القانون المدني الحالي عند إعداده إلى الإبقاء على ذات هذه الفلسفة بعدم اشتراط نهائية الحكم أو كونه واجب التنفيذ . غير أن أمر الاختصاص في ذاته عرض على بساط المناقشة في لجنة مجلس الشيوخ وانقسم في شأنه الرأي بين الإلغاء أو الإبقاء عليه كلية ، وانتهى أمره إلى الإبقاء مع تقيد حق الحصول عليه بأن يكون الحكم الذي حصل عليه الدائن واجب التنفيذ حتى لا يكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيما بينهم بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى ، بل تكون الأفضلية للدائن الذي يملك التنفيذ ، ويكون حق الاختصاص بمثابة ضمان للدائن في استيفاء دينه وأداة تيسير بالنسبة للمدين ، لان من يحصل على حق

اختصاص قد يرتضي إرجاء التنفيذ مادام قد أمن بالاختصاص على حقه "[1]
وقد استقر الأمر على هذا الشرط حيث أودع نص المادة 1/1085 مدني : " يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ " .

ويكون الحكم واجب التنفيذ في حالتين :

الحالة الأولى :

إذا كان الحكم انتهائيا ، أي غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية . وهو يكون كذلك بفوات مواعيد الطعن في الحكم دون أن يطعن صاحب المصلحة ، أو باستنفاذ طريق الطعن وانتهائه بتأييد الحكم . وفي هاتين الحالتين يصبح الحكم واجب التنفيذ حتى ولو طعن عليه بطريق النقض ، لان الطعن بالنقض لا يفقد الحكم نهائيته أو قابليته للتنفيذ . غير أن الطعن بالنقض قد يكون مصحوبا بطلب وقف التنفيذ بصفة مستعجلة . إذ يجوز للطاعن أن يطلب تحديد أقرب جلسة للحكم بصفة مستعجلة وقبل الفصل في موضوع الطعن بوقف تنفيذ الحكم إلى أن يبت في الطعن ، وذلك بشرط أن يطلب ذلك في صحيفة الطعن بالنقض ذاتها . ويجوز لمحكمة النقض أن تأمر بوقف التنفيذ لحين الفصل في الطعن إذا اقتنعت بأن هناك خشية من وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه من وراء التنفيذ وان الطعن مرجح القبول . وإذا استجابت محكمة النقض وأمرت بوقف التنفيذ فقد الحكم مؤقتا قوته التنفيذية ، وتخلف فيه بالتالي شرط من شروط صلاحيته لأخذ اختصاص بمقتضاه .

الحالة الثانية :

هي حالة شمول الحكم بالنفاذ المعجل ، فقد أجاز قانون المرافعات للقاضي في بعض الحالات أن يشمل حكمه ، رغم انه ليس انتهائيا – بالنفاذ المعجل ، بكفالة أو بغير كفالة في الأحوال الآتية (م 290 مرافعات) :

1- الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والمرتبات

2- إذا كان الحكم قد صدر تنفيذا لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي أو المشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة ، أو كان مبنيا على سند

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية – جزء 7 ص 156 وما بعدها .

رسمي لم يطعن فيه بالتزوير ، وذلك متى كان المحكوم عليه خصما في الحكم أو طرفا في السند .

3- إذا كان المحكوم عليه قد اقر بنشأة الالتزام

4- إذا كان الحكم مبنيا على سند عرفي لم يجحده المحكوم عليه

5- إذا كان الحكم صادرا لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به

6- إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له .

يضاف إلى ذلك ما نصت عليه م 289 مرافعات من أن النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد التجارية وذلك بشرط تقديم كفالة . فإذا صدر الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل على النحو السابق جاز الحصول بمقتضاه على حق الاختصاص ولو كان الحكم غير نهائي .

وفي جميع الحالات إذا الغي الحكم زال وزالت الآثار التي رتبت عليه بما في ذلك حق الاختصاص ، وتلك نتيجة بداهية .

وقد ثار جدل في الفقه حول شرط القابلية للتنفيذ والذي اشترطته المادة 1085 مدني . حيث تَشَيَّعَ البعض للدفاع عنه ، في حين هاجمه آخرون . ففي رأي المتشيعين لهذا الشرط يعد المشرع موفقا في اقتضاء هذا الشرط حيث أن الاختصاص لا يستهدف تحقيق محض فائدة للدائن الذي يحصل على الحكم ولكنه يستهدف تحقيق مصلحة أساسية للمدين المحكوم عليه ، وذلك عن طريق تأجيل التنفيذ حتى يتيسر له الوفاء ، لأنه إذا نظر للاختصاص كأداة تامين للدائن دون نظر إلى مصلحة المدين فلا يكون له محل إذ ليس هناك ما يدعو إلى تفضيل دائن عادي على غيره لمجرد انه استصدر حكما بالدين[1] فالاختصاص تأمين خاص للدائن يضمن له التنفيذ مستقبلا ولكنه أيضا ائتمان جديد للمدين[2] .

---

(1) منصور مصطفى منصور ، رقم 84 ، سمير تناغو ، رقم 71

(2) شمس الدين الوكيل ، رقم 138 .

ولذلك فان إضافة شرط أن يكون الحكم واجب التنفيذ تستجيب " للاتجاه السائد في الفقه الحديث بوجوب الحد من التأمينات القضائية في أضيق نطاق ، وتقرير الأفضلية للدائن لمجرد السبق في الحصول على حكم ، لا ينهض وحده سندا معقولا للإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين . وعلى هذا النحو فان إضافة هذا الشرط قصد به بصفة خاصة الحد من أهمية الاختصاص فلا يحصل عليه إلا الدائن المزود بحكم واجب النفاذ . وهو أن قَنَعَ بهذا الضمان ، ربما كان في ذلك إغراء له على التراخي في التنفيذ على المدين .

أما في الفقه المعارض لشرط النفاذ فيرى أن هذا الشرط قضى على أهم ميزة لحق الاختصاص ، وذلك انه بعد أن نظم التقنين الجديد حماية دائني الشخص الذي أشهر إعساره بان جعل تصرفات هذا الشخص في أمواله غير نافذة في حق الدائنين السابقين على شهر الإعسار ، اقتصرت فائدة الاختصاص على الحالة التي لا يكون فيها المدين معسرا وفي هذه الحالة لا تكون لمزية التقدم التي تترتب على حق الاختصاص فائدة تذكر ، فإذا اشترط لأخذ الاختصاص والانتفاع بميزة التتبع أن يكون الحكم الذي حصل عليه الدائن واجب التنفيذ لم تعد للاختصاص أية ميزة لان الدائن الذي يملك التنفيذ يستطيع أن يستغني عن حق الاختصاص بالتنفيذ ، وبمنع نفاذ تصرفات المدين في حقه وإنما كان الدائن يستطيع أن يجد في حق الاختصاص فائدة لا يغنيه عنها شيء آخر ، لو انه اخذ اختصاصا بمجرد حصوله على الحكم وقبل أن يصبح الحكم واجب التنفيذ[1] .

الفرع الثاني

ثانيا : شرط أن يكون الدائن حسن النية

نصت على هذا الشرط المادة 1085 يجوز لكل دائن " أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينة ... "

والمقصود بحسن النية في هذا المقام هو عدم علم الدائن عند أخذه للاختصاص بوجود حقوق للغير على عقار المدين . فإذا كان يعلم ومع ذلك استمر في إجراءاته وتحصل على حكم بالاختصاص ، فان هذا الحكم لا ينفذ في حق الغير المشار إليه .

---

(1) سليمان مرقص ، رقم 202 .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض في حكم قديم لها بأنه لا يجوز لصاحب الاختصاص الاحتجاج بسبق تسجيل اختصاصه إلا إذا كان حسن النية ، فان النصوص المتعلقة باختصاص الدائن بعقارات مدينه لحصوله على دينه فيها إشارات كافية توجب على طالب الاختصاص أن يكون حسن النية فيما يجب ذكره من البيانات خاصا به هو ومدينه ودينه وعقارات مدينه وقيمتها حتى يكون رئيس المحكمة على بينه فيأمر بالاختصاص أو برفضه فالدائن الذي أخفى عن رئيس المحكمة أن بعض العقار الذي أراد الاختصاص به قد باعه مدينه من قبل بعقد عرفي ثابت التاريخ رسميا قبل قانون التسجيل وقبل نشوء حقه في الدين وذكر في عريضة دعواه أن هذا العقار ملك مدينة ولا يزال على ملكه فصدر له أمر اختصاص وما كان ليصدر لو صدق وذكر عن أوصاف العقار ما يجب عليه ذكره صدقا .. هذا الدائن يعتبر انه عملا عملا ايجابيا ينطوي على سوء النية فلا يمكن اعتباره سندا ثابتا وصحيحا ولا اعتبار تسجيله مفيدا لحكمه قانونا في حق المشترين من المدين[1] .

وكذلك الحال لو اخذ الدائن اختصاصا على عقار المدين وسارع بقيده قبل رهن رسمي مقرر على ذات العقار ، واسبق منه تاريخا ، وهو يعلم بسبق وجود الرهن ، فان الأفضلية للدائن المرتهن رغم تأخر قيده على قيد الاختصاص لان علم صاحب الاختصاص بوجود رهن ولو كان غير مقيد يجعله سيء النية فلا ينفذ اختصاصه في حق الدائن المرتهن[2] .

والمثالان السابقان هما مجرد تطبيق لقاعدة عامة في ضرورة انتفاء سوء نية من حصل على الاختصاص ، أي انتفاء علمه بحقوق الغير يستوي أن يكون حق الغير متمثلا في أنه سبق وان اشتري العقار المحمل بالاختصاص ، أو انه وهب أو ارتهنه من المدين .. الخ .

والأصل هو حس النية وبالتالي على من يدعي أن صاحب حق الاختصاص سيء النية ، أي يعلم بأسبقية حقوق الغير ، أن يقيم الدليل على صدق ما يدعيه .

---

(1) نقض 21 مايو سنة 1936 مجموعة القواعد القانونية - 1 – ص 1127 رقم 369 .

(2) ومعنى ذلك انه في شان علاقة الاختصاص بالحقوق العينية التبعية الأخرى التي ترد على عقار المدين فان الأفضلية لم تعد تحسم بأسبقية القيد فحسب إنما تحسم من منظور سوء النية أيضا إذا تحقق وجوده .

المطلب الثاني

محل الاختصاص

العقارات التي ترد عليها

نصت المادة 1088 مدني علي انه " لا يجوز اخذ اختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة ، مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني "

ويضع هذا النص عدة شروط خاصة بمحل الاختصاص وهذه الشروط :

1- أن الاختصاص لا يرد إلا عقار معين أو عقارات معينة .

2- أن يكون محل الاختصاص مملوكا للمدين وقت الحصول على الاختصاص ووقت قيده .

3- أن يكون العقار أو العقارات ، مما يجوز التعامل فيه أي بيعه بالمزاد العلني .

ونعرض فيما يلي لكل من هذه الشروط الثلاثة :

1- تعيين العقار تعيينا دقيقا :

وفي هذا اخذ المشرع بذات مبدأ تخصيص العقار محل الحق العيني التبعي كما اخذ به في الرهن الرسمي ، ومعناه أن يتحدد العقار الذي يرد عليه الاختصاص تحديدا واضحا ومحددا بما ينفي عنه أية جهالة وهو ، أي العقار ، يتحدد بموقعه وحدوده الأربعة وبنوعه ، وهل هو ارض فضاء أم به بناء قائم في شكل منزل وعدد طوابقه ، أو منشاة صناعية أو تجارية أو جراج ، مع ذكر مساحة العقار ومكوناته .

ويجب أن يذكر هذا التحديد في عريضة الدعوى التي يطلب فيها الاختصاص وكذلك في قائمة القيد . وتعيين العقار في طلب الاختصاص يسمح للقاضي أن يراقب مسالة التوازن بين قيمة العقار وقيمة الدين الذي طلب

الاختصاص لضمان الوفاء به بحيث لا يسمح للدائن أن يحصل على الاختصاص إلا بالقدر اللازم لضمان المديونية .

2- أن يكون العقار مملوكا للمدين وقت الحصول على الاختصاص ووقت قيده :

ونص المادة 1088 مدني صريح في وجوب أن يكون العقار مملوكا للمدين وقت قيد الرهن . وعلى هذا النحو فإذا كان العقار قد خرج قانونا من ذمة المدين عند القيد فان الاختصاص يقع باطلا . يستوي في ذلك أن يكون العقار قد خرج من الذمة بموجب تصرف ناقل الملكية (أي تصرف مسجل حيث أننا بصدد عقار) أو كان خروجه نتيجة اكتمال تقادم لهذا الغير . كما يطبق ذات الحكم في حالة إجراء القسمة وتسجيلها . وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه إذا اخذ الدائن اختصاصا على حصة المدين الشائعة بعد تسجيل عقد القسمة الذي أنهى الشيوع كانت القسمة نافذة في حق الدائن وترتب على ذلك بطلان الاختصاص فيما يتعلق بما لم يقع في نصيب المدين من الأموال الشائعة[1] .

ويلاحظ انه في ظل قانون الشهر العقاري الحالي الذي يجري على قاعدة أن الحقوق العينية لا تنشا ولا تنتقل ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ، إلا بالتسجيل ، فان الدائن لن يستطيع قيد الاختصاص إذا كان العقار قد خرج بالتسجيل من ذمة مدينه .

غير انه لا يكفي توافر شرط ملكية العقار محل الاختصاص وقت القيد فقط بل يتعين توافره أيضا عند اخذ الاختصاص من المحكمة . وكان اقتضاء هذا الشرط مفهوما ضمنيا في ظل القانون المدني القديم حيث كان هذا القانون يوجب على كاتب المحكمة قيد الاختصاص في ذات يوم الحصول عليه دون تأخير ، وبالتالي كان من غير المتصور أن يكون العقار مملوكا للمدين وقت القيد وغير مملوك له وقت الحصول على حكم بالاختصاص . لذلك جرى الفقه في ظل هذا القانون على اشتراط ملكية المدين للعقار وقت القيد قاصدين بذلك توافر الملكية أيضا وقت الحصول على الاختصاص[2] .

---

(1) استئناف مختلط 23 فبراير 1939 إشارة إليه السنهوري ص 699 في الهامش .

(2) السنهوري ، رقم 442 .

وقد اطردت الأحكام القضائية على هذا المعنى في ظل القانون المدني القديم حيث قضى بأن مناط صحة الاختصاص أن يكون العقار مملوكا للمدين وقت صدوره ولا يغير من هذا النظر أن تكون ملكية العقار قد آلت إلى المدين وقت القيد ، إذ لا يجوز أن يكون محل الاختصاص ما قد يؤول إلى المدين مستقبلا ، وإذا كان الدائن قد قيد اختصاصا بعد أن باع المدين العقار وسجل المشتري عقده فان الاختصاص يكون قد وقع باطلا لحصوله بعد انتقال الملكية للمتصرف إليه . ويترتب على ذلك أيضا انه إذا حصل دائن على اختصاص بعقار اشتراه مدينه بعقد غير مسجل (ولو كان ثابت التاريخ) فليس له أن يحتج بالاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده إذ أن الاختصاص يكون قد وقع في هذه الحالة والعقار غير مملوك للمدين كذلك الحال بالنسبة للاختصاص الذي يأخذه دائن لمشتري عقار بعد أن عاد العقار المبيع إلى ذمة البائع بسبب تحقق الشرط الفاسخ إذ أن هذا الاختصاص ، يبطل لوقوعه على عقار لم يكن ملكا للمدين[1] .

ثم جاء القانون المدني الحالي واخذ بما جرى على أقلام الفقه من اشتراط أن يكون العقار محل الاختصاص مملوكا للمدين وقت القيد دون أن يذكر شرط الملكية وقت اخذ الاختصاص . ومع ذلك فالمقصد هنا هو كما كان المقصد هناك إذ يتعين دائما أن يكون المدين مالكا وقت اخذ الاختصاص على العقار ، خاصة وان المادة 20 من قانون الشهر العقاري جعلت القيام بإجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب أصحاب الشأن أو من ينوب عنهم ، وبالتالي من المتصور أن يحصل الدائن على الاختصاص في وقت معين ثم يتراخي في قيده إلى وقت آخر ، وهنا تبدو ضرورة أن تكون الملكية قائمة ابتداء عند الحصول على الاختصاص ومستمرة حتى وقت قيد هذا الاختصاص وهو أمر مفهوم من سياق أحكام النظام ومنطقه اذ أن الدائن الذي يطلب الاختصاص لا يطلبه على مال غير مملوك للمدين وإنما يطلبه على مال قائم في ذمة المدين وقت الطلب قانونا . بل أن من واجباته أن يحدد العقار أو العقارات التي يطلب عليها الاختصاص وان يتحقق من ملكية المدين لها بمستنداتها المسجلة . ولهذا السبب فانه إذا ثار نزاع حول ملكية المدين للعقار المطلوب اخذ الاختصاص عليه ، وقع على الدائن عبء إثبات هذه الملكية .

---

(1) راجع أحكام النقض 9 فبراير سنة 1939 مجموعة أحكام النقض في 25 عاما جزء أول ص 394 ، 23 ديسمبر سنة 1954 مجموعة أحكام النقض 6 رقم 45 ص 364 ، 10 فبراير سنة 1955 مجموعة أحكام النقض 6 رقم 829 .

3- أن يكون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلني :

يستهدف حق الاختصاص ضمان حق الدائن ، فإذا لم يفي المدين بما في ذمته كان للدائن بمقتضى حق الاختصاص المستوفي لشرائطه أن يقوم بإجراءات التنفيذ على العقار المثقل بالاختصاص وبيعه بالمزاد العلني ليستوفي حقه من الثمن بالأولوية على غيره حسب مرتبة قيده . ولهذا السبب لا يجوز أن يرد الاختصاص على عقار غير قابل للتنفيذ عليه وبيعه بالمزاد العلني . وينبني على هذه القاعدة المنطقية أن مالا يجوز بيعه لا يجوز رهنه أو اخذ اختصاص عليه . فلا يجوز اخذ اختصاص على عقار موقوف وقفا خيريا ، ولا يجوز اخذ اختصاص على عقار موقوف ولو كان الوقف أهليا . وقد نصت المادة 5 مكرر المضافة بالمرسوم بقانون رقم 342 لسنة 1952 إلى المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 والذي حلت بمقتضاه الأوقاف الأهلية انه " لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على ما ينتهي فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية أعيانه طبقا للمواد السابقة وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون " وقد طبقت محكمة النقض هذا الحكم قائلة أن المشرع قصد إلى استمرار الحماية التي أسبغها القانون فيما مضى على المستحقين في الأوقاف بالنسبة لأعيان الوقف فحظر على الدائنين السابقة ديونهم على إلغاء الوقف اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذه الأعيان وانه أن كان حق اختصاص الدائن بعقار مدينه ليس من إجراءات التنفيذ إلا أن هذا الحق ، وقد شرع ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات ، وخول به صاحبه أن ينفذ على العقار ويطلب بيعه وفقا للأوضاع المقررة للبيوع الجبرية في قانون المرافعات ، وان يتتبع العقار في يد حائزه ، وان يستوفي حقه متقدما على الدائنين العاديين من ثمن هذا العقار ، أو من المال الذي حل محله ، فان حق الاختصاص يصبح وثيق الصلة بإجراءات التنفيذ ، فلا يقوم لهذا الحق قائمة إلا حيث يجوز اتخاذ هذه الإجراءات بالنسبة للعقار الذي يراد الاختصاص به . ومن ثم فان مالا يجوز التنفيذ عليه من العقارات لا يجوز بالتالي أن يكون محلا لحق الاختصاص . وإذا ما انتهى الوقف في عقار معين والت ملكيته إلى من عساه يكون صاحب الحق فيها طبقا لقانون حل الوقف الأهلي فإنها تكون بمنائ عن التنفيذ عليها وفاء للديون السابقة على تاريخ العمل بقانون حل الوقف (ق 180 لسنة 1952) ولا يجوز بالتالي لأصحاب هذه الديون أن يستصدروا ضد من

آلت إليهم ملكية العقار أمرا باختصاصهم بها وذلك نزولا على المادة الخامسة سالفة الذكر [1] .

ومع ذلك فان القاعدة المشار إليها ، وهي قاعدة أن ما لا يجوز التنفيذ عليه لا يجوز اخذ الاختصاص عليه ، تحتاج إلى إيضاح وتحديد . ذلك أن هذه القاعدة في صياغتها في شان الوقف تأتي عامة واجبة الإعمال بغير تحفظ وذلك بسبب أن الوقف الخيري لا يجوز الحجز عليه وبيعه مطلقا وكذلك الوقف الأهلي قبل حله لان طبيعة نظامه القانوني لا يسمح بالتعامل فيه . غير أن هناك فروضا أخرى قد تثور ولا تكون القاعدة السابقة في شانها على ذات مستوى الإطلاق السابق . ونخص بالذكر هنا قاعدة عدم جواز الحجز على ملكية الأرض الزراعية للمدين إذا لم تزد هذه الملكية عن الخمس أفدنة . وكانت المادة 1088 – مدني من المشروع التمهيدي تجري على أن يراعى في التنفيذ عليها الشروط المقررة في القانون ، ثم حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ لان في القواعد العامة ما يغني عن حكمه . أي أن حكم هذه المادة لا يحتاج إلى نص . فكيف إذن نوفق بين قاعدة أن ما لا يجوز التنفيذ عليه لا يجوز اخذ اختصاص به ، والتي طبقت بغير تحفظ في شان أراضي وعقارات الأوقاف ، وبين هذه القاعدة الأخيرة التي تجيز اخذ اختصاص على ملكية المدين ولو لم تزد عن خمسة أفدنة مع أن ملكية المدين حين تقتصر على هذا الحكم لا يجوز التنفيذ عليها ؟

تفسير ذلك أن حظر التنفيذ على ارض المدين في فرض عدم زيادتها عن خمسة أفدنة هو فرض مشروط بقيده الكمي المشار إليه . وبالتالي فليس الحظر مطلقا ومجردا (بعكس الحال في عقارات الوقف)

وبالتالي يجوز اخذ اختصاص على المدين رغم أن ملكيته لا تتجاوز خمسة أفدنة ثم التنفيذ على العقار وفقا لحق الاختصاص في حالتين :

الحالة الأولي :

(1) نقض 30 مايو سنة 1957 مجموعة أحكام النقض ص 8 رقم 68 ص 541 .

إذا انتقلت ملكية العقار المحمل بالاختصاص إلى مشتر أو خلف وتجاوزت ملكيته العقارية الخمس أفدنة ، إذ يجوز والحال كذلك التنفيذ على ما يجاوز الحد الأدنى الذي يحميه القانون .

الحالة الثانية :

هي حالة ما إذا زادت ملكية المدين نفسه عن خمسة أفدنة لسبب أو لآخر ، وهنا أيضا يستفيد الدائن من الاختصاص . وبالتالي نخلص مما سبق إلي أن قاعدة مالا يجوز التنفيذ عليه لا يجوز اخذ اختصاص به هي قاعدة قد تطبق تطبيقا مطلقا حيث يكون العقار محميا حماية مجردة ومطلقة ، ولكنها تطبق تطبيقا متغيرا إذا كان أمر خروج العقار عن إمكانية التنفيذ هو أمر متوقف على عنصر متغير كما في حالة حماية الخمسة أفدنة.

المطلب الثالث

الوقت الذي يجوز فيه اخذ حق الاختصاص

قيد المشرع زمن الحصول على الاختصاص ونفاذه بوقتين لا يمكن تجاوزهما . فمن ناحية أولى لا يجوز الحصول على الاختصاص بعد وفاة المدين ، ومن ناحية ثانية لا يحتج على الدائنين بأي اختصاص يحصل عليه احد الدائنين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، مادامت حقوق الدائنين ثابتة قبل هذا التسجيل . وتعرض فيما يلي لكل من هاتين الحالتين:

أولا : عدم جواز اخذ اختصاص بعد وفاة المدين :

نصت المادة 2/1085 مدني على انه " لا يجوز للدائن بعد موت المدين اخذ الاختصاص على عقار في التركة "

ولم يتضمن القانون المدني القديم نصا مماثلا للمادة السابقة مما فتح باب الجدل في هذه المسالة ، غير أن الرأي الذي جرى عليه القضاء المختلط ، وكذلك القضاء الأهلي ، يتفق مع ما انتهى إليه مشروع القانون المدني الحالي من عدم جواز اخذ اختصاص بعد وفاة المدين . ويساند هذا المبدأ عدة اعتبارات ، منها ما هو مقرر في فقه الشريعة الإسلامية الغراء من أن موت المدين هو عارض تخرب به الذمة ، ويبطل الولاية في المال ، مما يدعو إلى استبقاء حالة الغرماء على ما كانت عليه عند الوفاء دون تغيير بعدها تتم تصفية التركة بدفع الديون دون أن يطرأ للدائن وصف أفضلية لم تكن له عند الوفاة ،

بحيث يبقى غريما يقاسم غيره قسمة الغرماء ، وبالتالي فإذا حصل دائن على اختصاص بعد الوفاة فلا يعتد به .

ومن ناحية ثانية فان هذا الحكم يتفق مع ما اخذ به المشرع الفرنسي ، حذو زميله المصري ، من انه عند الوفاة تتعلق بالتركة حقوق الغرماء ، وان تصفية التركة ، كتصفية الشركاء ، يجب ألا تتغير في شانها أحوال الدائنين عما كانت عليه عند افتتاحها[1] . إذ لا يجوز أن يمكن دائن معه حكم واجب التنفيذ من الحصول على ميزة على غيره ، ووجب عليه أن يخضع معهم لقاعدة المساواة . ولكن يلاحظ أن – الدائن إذا كان قد حصل فعلا على حق الاختصاص فان وفاة المدين لا تمنعه من اتخاذ إجراءات قيده . وليس في ذلك أي إخلال بمبدأ المساواة لان الفرض أن المبدأ قد اختل بالفعل قبل وفاة المدين بصدور الأمر بالاختصاص ، وما القيد إلا وسيلة للشهر لكي يتمكن الدائن من الاحتجاج بحقه قبل الغير . وبالتالي لا يجوز أن تعتبر الوفاة سببا لشل آثاره . فضلا عن أن موقف صاحب الاختصاص في هذا الفرض يماثل موقف الدائن المرتهن رهنا رسميا الذي توفى مدينه قبل القيد ففي الحالتين يجب أن يكون الحكم واحداً وهو جواز القيد رغم حدوث الوفاة[2] .

---

(1) راجع حكم محكمة استئناف مصر في 31 يناير سنة 1930 ، المجموعة الرسمية 31 رقم 83 ، ص 220 – محمد كامل مرسي رقم 263 السنهوري رقم 432 .

(2) بمناسبة الحديث عن التركة وموقف الدائنين نشير إلى أمرين هامين استكمالا للصورة:
الأمر الأول : أن قانون الشهر العقاري نظم مسالة التزاحم بين دائني المورث ومن تلقى حقا على عقارات التركة من الوارث فاشترط شهر حق الإرث حتى يجوز شهر أي تصرف عقاري يصدر عن الوارث وفي ذات الوقت أجاز لدائني المورث أن يؤشروا بديونهم على هامش تسجل حق الإرث خلال سنة من تسجيله فان فعلوا فلن ينفذ في مواجهتهم أي تصرفات يجريها الوارث على عقارات التركة حتى ولو كانت قد سجلت قبل التأشير المشار إليه مادام هذا التأشير قد حدث خلال السنة المذكورة .
الأمر الثاني : وهو ما نصت عليه المواد 894 مدني وما بعدها من تقرير نوع من الرهن القضائي لأصحاب الديون المؤجلة على تركة المتوفى وتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن (مع مراعاة حكم المادة 544 مدني في شان الفوائد) م 894 مدني فإذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيث يختص كل وارث بنصيب من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلا لصافي حصته في الإرث . وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول على أن تحتفظ لمن كان له تامين خاص بنفس هذا التامين فان استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى رتبت المحكمة التامين على أموال التركة جميعها . وفي جميع الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد

ثانيا : حالة شهر إعسار المدين :

فقد نصت المادة 256 مدني على أن :

1- " لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين إجراءات فردية ضد المدين "

2- " على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل "

ويلاحظ ابتداء اختلاف حكم هذه المادة عن حكم المادة 1095 مدني الخاصة بالوفاة . ففي حالة الوفاة لا يجوز للدائن الحصول على اختصاص أصلا ، فالوفاة تؤدي إلى تجميد وضع الدائنين بحالتهم القائمة لحظة الوفاة ، كما سبق القول . أما في حالة الإعسار فان المشرع لم يمنع الدائن صاحب الحق من اخذ اختصاص بعد هذا التسجيل على عقار للمدين أو قيده وفقا للقانون ، غاية الأمر أن هذا الاختصاص لا يحتج به على الدائنين الثابتة حقوقهم قبل تسجيل صحيفة الدعوى المشار إليها . وحاصل ذلك إذن انه في حالة الوفاة لا يجوز اخذ الاختصاص أصلا ، أما في حالة الإعسار فان الاختصاص جائز ولكن لا يحتج به على النحو السابق .

وهذه التفرقة بين الفرضين مفهومه تماما . ففي حالة الوفاة تنقضي شخصية المتوفى بصفة نهائية وتتخلف عنه تركته التي تتعلق بها حقوق الدائنين مع أقرانه من الدائنين الآخرين . أما في حالة الإعسار فان أمر المدين هو حالة عارضة لا تفقده شخصيته وقد يصيبه اليسر بعد العسر ، لان المال رائح وغاد ، وبالتالي فقد تزول عنه حالة الإعسار ، فتعود له حريته في التصرف وتتغير معالم الجانبين الايجابي والسلبي في ذمته المالية. فيبرم عقودا ويصبح دائنا أو مدينا بحسب الأحوال .. الخ وبالتالي فليس هناك ما يمنع من أن يستند دائن إلى حق اختصاص حصل عليه وقيده بعد تسجيل صحيفة دعوى

سبق شهره وجب الشهر وفقا للأحكام المقررة في شهر حق الاختصاص (م 895 مدني) ويجوز لكل وارث أن يدفع القدر الذي اختص به قبل حلول الأجل طبقا للمادة 894 مدني .

الإعسار فيتقدم على غيره من الدائنين التالين له في المرتبة وان يمارس على العقار المحمل بالاختصاص سلطة التتبع وفقا للقانون .

وحصيلة ذلك أن هذا الدائن لا يحتج باختصاصه مادامت حالة الإعسار قائمة على الدائنين السابقة حقوقهم على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، وان كان في إمكانه أن يحتج به على الدائنين اللاحقين على نحو كامل .

ومن ناحية ثانية فان الأحكام السابقة تطبق على اخذ حق الاختصاص بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، ولذلك يثور السؤال حول حق الدائن الذي اخذ الاختصاص بالفعل قبل تسجيل صحيفة الدعوى ولكنه لم يكن قد قيده بعد ، وهل يجوز له قيده بعد تسجيل الصحيفة المذكورة ، نعتقد أن ذلك جائز قانونا ، لان هذا الدائن قد حصل بالفعل ، قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، على أمر القاضي بتقرير حق الاختصاص وبالتالي تحدد مركزه القانوني المتميز فعلا قبل الدائنين الآخرين أما القيد وهو إجراء لاحق فيجوز أن يجري بعد تسجيل صحيفة الدعوى . ولكن يشترط كما هو الحال في كافة حالات اخذ الاختصاص أن يكون الدائن قد حصل عليه بغير سوء نية ، فإذا كان قد علم بحالة المدين المالية وان التزاماته قد تجاوزت حقوقه فأراد أن يتهرب من مبدأ المساواة فسارع إلى الحصول على الاختصاص ، إذا ثبت ذلك فلا اعتداد بهذا الحق قبل الدائنين الآخرين . ويطبق ذات الحكم ، ومن باب أولى ، لو أن الاختصاص قد صدر قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، بناء على تواطؤ بين الدائن والمدين .

المبحث الثاني

إجراءات الحصول على حق الاختصاص والتظلم منه

نظمت هذه الإجراءات المواد 1089 ، 1090 ، 1092 من القانون المدني . وترسم هذه النصوص طريق الحصول إجرائيا على حق الاختصاص بدء من تقديم طلب الحصول على الأمر على عريضة لرئيس المحكمة الكائن في دائرتها العقار مع بيان المعلومات الواجب ذكرها في الطلب والمستندات الواجب إرفاقها ثم بيان سلطة رئيس المحكمة إزاء هذا الطلب خاصة سلطته في قصر الطلب على عقار معين أو جزء من عقار ، أو رفض الطلب من أساسه ، وكيفية التظلم من أمر الرفض وما يجب إتباعه بعد صدور الأمر

والضمانات الإجرائية لمنع الدائن من الحصول على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة .

ونعرض فيما يلي لإجراءات وضوابط الحصول على أمر الاختصاص ، ثم أحكام التظلم منه .

المطلب الأول

إجراءات الحصول على الاختصاص

طلب الأمر :

تنص المادة 1089 مدني " على الدائن الذي يريد اخذ اختصاص على عقارات مدينه أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد الاختصاص بها "

ومعنى ذلك أن الاختصاص يؤخذ بأمر على عريضة (تقدم من نسختين) يصدر من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة (محكمة موقع العقار) . كما يجوز استصدار هذا الأمر من رئيس المحكمة التي تنظر نزاعا متعلقا بالمديونية (بشرط أن تكون المديونية ذاتها محسومة بحكم نهائي واجب التنفيذ) كنزاع على الفوائد أو المصروفات وفي كل ذلك يحكم الموضوع إجرائيا بنصوص القانون المدني السالفة الذكر فضلا عن نصوص قانون المرافعات الخاصة بالأوامر على عرائض في المواد 194[1] وما بعدها مرافعات .

(1) وهي تلتقي في مجملها مع ما ورد في القانون المدني إذ تنص على انه في الأحوال التي يكون فيها للخصم وجه في استصدار أمر يتقدم على عريضة يطلب إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى وتكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين ومشتملة على وقائع الطلب وأسانيده وتعيين موطن مختار للطالب في البلد التي بها مقر المحكمة وتشفع بها المستندات المؤيدة لها .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 1089 مدني على البيانات الواجب ذكرها في العريضة المقدمة كما أوجبت أن يقدم مع العريضة صورة رسمية من الحكم أو الشهادة الصادرة من قلم الكتاب المتضمنة منطوق الحكم ، والبيانات الواجب ذكرها هي :

1- اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلي المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة .

2- اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه .

3- تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته

4- مقدار الدين . فإذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار تولي رئيس المحكمة تقديره مؤقتا وعين المبلغ الذي يؤخذ به الاختصاص

5- تعيين العقارات تعيينا دقيقا وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها .

ويلاحظ أن البيانات السابقة هي البيانات الأساسية التي يتطلبها القانون إعمالا لمبدأ تخصيص التامين العيني سواء من حيث الدين المضمون أو من حيث العقار الضامن مع بيان واف بأطراف العلاقة وهو ما يؤدي إلى ضبط علاقة التامين فضلا عن تمكين القاضي من تقدير الأمر تقديرا سليما ومناسبا استنادا إلى سند المديونية (الحكم القضائي) وقدرها ، منسوبة إلى قيمة العقارات التي يريد الدائن الاختصاص بها .

<u>صدور الأمر :</u>

1- يصدر القاضي أمره كتابه على إحدى نسختي العريضة المقدمة إليه في اليوم التالي لتقديمها على الأكثر (م 195 مرافعات) ولا يلزم قاضي الأمور الوقتية بان يذكر أسبابا لأمره ، أو لرفضه إذا رفض . غير أن التسبيب يصبح لازما من الناحية القانونية إذا

اصدر القاضي أمره خلافا لأمر سبق صدوره ، ففي هذه الحالة يكون التسبيب وجوبيا وإلا وقع الأمر الجديد باطلا (م 195 مرافعات) . وفي جميع الحالات تكون للقاضي سلطة تقديرية مرنة في إصدار الأمر أو رفضه كما أن له في حالة الاستجابة أن يقدر الأمور تقديرها السليم ليرى مدى التناسب بين الدين والعقار المطلوب ، وله في هذا الخصوص أن يقتصر الأمر على عقار واحد دون بقية العقارات أو أن يقصره على جزء من عقار دون بقية الأجزاء ، إذا رأى في هذا التحديد ما يفي بغاية الدائن في الضمان ، دون تجاوز يثقل كاهل المدين وأمواله . بل أن المادة 2/1090 مدني أوجبت على القاضي وان يراعي هذه المسائل عند الترخيص وذلك بوجه التقريب .

ويصدر القاضي أمره عادة في ذيل نسخة العريضة المقدمة إليه

2- بعد صدور أمر رئيس المحكمة (قاضي الأمور الوقتية) يجب على قلم الكتاب أن يسلم الطالب النسخة الثانية من العريضة مكتوبا عليها صورة الأمر وذلك في اليوم التالي على الأكثر (م 196 مرافعات) . وتوجب المادة 1091 مدني على قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص في نفس اليوم الذي يصدر فيه هذا الأمر[1]. كما أن على قلم الكتاب أيضا أن يؤشر بالأمر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص (الشهادة الصادرة بمنطوق حكم المديونية) وان يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها حكم المديونية للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يتسلمها الدائن . والهدف من هذين الاجرائين الآخرين هو الاحتياط لمنع الدائن من الحصول على اختصاصات أخرى ضد المدين استنادا إلى ذات حكم المديونية ، فقطع عليه طريق هذه الاحتمال بالتأشير بالاختصاص على صورة حكم المديونية وإلزام قلم كتاب المحكمة

---

(1) لان الأمر على عريضة يصدر عادة في غيبة المعروض ضده فوجب إعلانه ليكون على بينه من أمره وليتمكن من التظلم إذا شاء . ويجوز للقاضي قبل إصدار الأمر أن يطلب إعلان المدين المعروض ضده للحضور أمامه وسماع أقواله .

التـي أصـدرته بالتأشـير بالاختصـاص علـى أيـة صـورة أخـرى تستخرج بعد ذلك .

المطلب الثاني

التظلم من الأمر الصادر في طلب الاختصاص

تظلم الدائن (الطالب) :-

يجوز للقاضي ، كما سبق أن اشرنا ، أن يرفض طلب الاختصاص وقد يأتي الرفض ابتداء في غيبة المدين (المعروض ضده) وقد يأتي الرفض إلغاء للأمر بعد صدوره بالموافقة ، وذلك بناء على تظلم المدين وسماع أقواله . المهم انه إذا آل الأمر إلى الرفض سواء ابتداء أو بعد تظلم المدين فان للطالب أن يتظلم من هذا الرفض إلى المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي الذي رفض الأمر وقد نصت على ذلك المادة 1093 مدني وكذلك المادة 197 مرافعات . ويجب أن يكون التظلم مسببا أي قائما على أسانيد يسوقها المتظلم طعنا على قرار القاضي بالرفض وإلا كان باطلا ويجوز رفع التظلم تبعا للدعوى الأصلية في أية حال تكون عليها ولو أثناء المرافعة في الجلسة (م 198 مرافعات) ومعنى كل ذلك أن تظلم طالب الأمر (في حالة الرفض) لا يكون إلا أمام المحكمة الابتدائية وبالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى (م 2/197 مرافعات) . وإذا صدر حكم من المحكمة الابتدائية بتأييد قرار الرفض جاز لصاحب الشأن أن يطعن عليه بالاستئناف وفقا لقواعد الطعن العادية في قانون المرافعات . " ويكون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحكام " (م 199 مرافعات)

وعلى هذا الأساس فان الطالب ليس له أن يتظلم للقاضي الذي رفض طلبه بل إلى المحكمة الابتدائية ثم له الطعن بالاستئناف بعد ذلك .

2- تظلم المدين (المعروض ضده) :

للمدين الذي صدر ضده أمر الاختصاص أن يتظلم منه ، وهو يستطيع قانونا أن يتظلم للقاضي الآمر . وهو في تظلمه يعرض على القاضي أسباب اعتراضه والأسانيد القانونية للتظلم[1] .

---

(1) كان يدعي انقضاء المديونية بالوفاء أو بالمقاصة أو بالتقادم .

" يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام مصدر الأمر (م 1/1092 مدني) . ويجوز له أن يعرض عن سبيل التظلم أمام مصدر الأمر ويتظلم إلى المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المذكور (م 1092 مدني) أي انه بالخيار بين أتباع أي الطريقين .

أما إذا رفض التظلم كان للمدين أن يطعن .. وإذا نجح المتظلم وقضى له بإلغاء الأمر كان بها وكان من حق خصمه أن يطعن في القرار استئنافيا . وإذا حدث العكس وتأيد القرار كان له ذات الحق في الطعن .

ويلاحظ أخيرا انه إذا انتهى المطاف بإلغاء الأمر بالاختصاص وجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضائي بإلغاء الأمر بالاختصاص (م 1092 مدني) .

وفي جميع الحالات يسقط الأمر على عريضة إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ولا يمنع هذا السقوط من استصدار أمر جديد (م 200 مرافعات).

المبحث الثالث

آثار حق الاختصاص

نصت المادة 1095 مدني على انه :

" يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ، ويسري على الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة " .

وأول ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع ، وكما سبقت الإشارة في موضع آخر ، اخضع الاختصاص لأحكام القيد كما وردت في الرهن الرسمي وهو إخضاع متسق مع كون الاختصاص ينشئ تأمينا عقاريا . وعلى هذا النحو فان تمام القيد يحدد مرتبة صاحب الاختصاص في مواجهة أصحاب الحقوق التبعية الأخرى ، التي تكون قد قيدت على ذات العقار . وتكون أفضلية صاحب

الاختصاص محددة في مرتبتها إذن بتاريخ القيد(1) وعلى هذا النحو أيضا يثبت القيد للدائن سلطة التتبع على نحو ما هو ثابت لصاحب الرهن الرسمي : أي أن يجري على العقار المثقل بالاختصاص إجراءات التنفيذ والبيع بالمزاد العلني وفقا لقواعد قانون المرافعات . ولا يجوز الاتفاق مقدما على البيع بغير أتباع الإجراءات القانونية ، كما لا يجوز الاتفاق على تملك الدائن للعقار المرهون في مقابل الدين . ويجوز للحائز الذي يتم التتبع في مواجهته أن يختار احد خياراته الثلاث : قضاء الدين ، تطهير العقار ، أو التخلية ، وإلا كان عليه أن يتحمل إجراءات نزاع الملكية.

ولا يختلف حق الاختصاص أيضا ، فيما ينشا عنه من التزامات بين طرفيه عن تلك التي تنشا بين طرفي الرهن الرسمي ، سواء في شان حق المدين في ممارسة سلطات الملكية ، والحيازة ، حقه في استغلال العقار المرهون ، وإيجاره ، وقبض الأجرة والحوالة بها ، وقبض الثمار والتصرف فيها تصرفا ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .... الخ ما هو مقرر في نظام الرهن الرسمي وبذات القيود والحدود .

المبحث الثالث

إنقاص الاختصاص وانقضاؤه

<u>أولا : إنقاص الاختصاص :</u>

اشرنا فيما سبق إلى ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1090 مدني من انه يجب على القاضي عند الترخيص أن يراعي مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب وعند الاقتضاء أن يجعل الاختصاص مقصورا على بعض العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من احدها إذا رأي ذلك كاف لتامين سداد أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين .

وهذا الحكم يستند إلى مفهوم عادل وهو أن الاختصاص يصدر بحكم القاضي ضمانا لدين ثابت بحكم قضائي واجب التنفيذ ويجب أن يقدر بقدر

---

(1) مع ملاحظة شرط حس النية بمعنى أن صاحب الاختصاص لو كان اسبق قيدا لا يجوز له أن يحتج على الغير بهذا الاختصاص إذا كان سيء النية أي يعلم أن المدين سبق أن تصرف للغير في العقار أو قرر عليه رهنا .
وهذه القاعدة إذن هي خروج على مبدأ أسبقية القيد في شان اختصاص الدائن سيء النية.

الحاجة إليه دون أثقال عقارات المدين بأكثر مما يجب بحيث يناسب بين قدر المديونية وقيمة العقار أو العقارات التي تتحمل بهذا الاختصاص.

واتساقا مع هذه الفكرة ذاتها حرص المشرع على أن يظل التناسب المذكور قائما ما بقى الاختصاص قائما بمعنى أنه يجوز – حسب نص المادة 1094 مدني – لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين كما يجوز أن يكون الإنقاص أما بقصر الاختصاص على جزء من العقارات التي رتب عليها أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين . وتضيف الفقرة 3 من م 1094 على أن " المصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ولو تم بموافقة الدائن تكون على من طلبه "

ويلاحظ على هذه الأحكام ما يلي :

1- أن هناك أسبابا قد تطرأ وتؤدي إلى خلل في التناسب بين قيمة الدين وقيمة العقار المحمل بالاختصاص . ومن هذه الأسباب أن الدائن قد يستوفي جزء هاما من حقه فيصبح الجزء الباقي غير متناسب في قدره مع قيمة العقارات الضامنة . وتظل مكنة طلب الإنقاص قائمة في كل حالة يتم فيها الوفاء بجزء من المديونية . ومن ناحية ثانية قد ترتفع قيمة العقارات الضامنة عن قيمتها وقت تقرير الاختصاص ، فيختل التوازن السابق ذكره ، وفي هذه الحالة أيضا يتعين الإنقاص . وأخيرا قد يكون التناسب مختلا من الأصل عند تقرير حق الاختصاص . فقد يحدث أن – تقدر العقارات بأقل من قيمتها الحقيقية لسبب أو لأخر فيطلب صاحب الشأن الإنقاص . وقد يبالغ الدائن في تقدير حقه ، ثم يتضح خطأ التقدير في وقت لاحق .

2- أن طلب الإنقاص يقدم من كل صاحب مصلحة . وأصحاب المصلحة هم المدين والدائنين التالين في المرتبة والدائن العادي. فمن مصلحة المدين أن يطلب الإنقاص تحقيقا للتناسب المفقود وكذلك الدائن التالي في المرتبة لصاحب الاختصاص . وأخيرا للدائن العادي حتى يتسع له المقام لاستيفاء اكبر قد من حقه ويكون طلب الإنقاص أما بتظلم يرفعه صاحب الشأن وأما بدعوى أصلية مبتداه . وقد يتم الإنقاص باتفاق بين الدائن والمدين أو بين الدائن

وطالب الإنقاص . ويتعين دائما أن يقع الاتفاق بورقة رسمية . كما يتعين أن يؤشر بالإنقاص أيا كانت وسيلته في هامش قيد حق الاختصاص الأصلي .

3- أن الإنقاص يتم أما بقصر الاختصاص على عقار معين أو على جزء من عقار . غير أن الإنقاص قد يتم بنقل الاختصاص إلى عقار آخر جديد تكون قيمته اقل من العقار المثقل بالاختصاص ، وفي هذه الحالة يتعين محو القيد الوارد على العقار الأصلي وإجراء قيد جديد تماما على العقار الجديد.

ثانيا : انقضاء الاختصاص :

نصت المادة 1095 مدني على أن يسري على حق الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ... وانقضائه . وعلى ذلك ينقضي الاختصاص بذات أسباب انقضاء الرهن الرسمي ، أي انه قد ينقضي بالاتفاق بين الدائن والمدين . وقد ينقضي بطريقة أصلية استقلالا عن المديونية : التطهير – البيع الجبري – وعدم سماح مرتبة الدائن صاحب الاختصاص باستيفاء حقه ونزول الدائن عنه ، هلاك العقار المرهون . كما ينقضي الاختصاص بزوال الحكم أو الأمر الذي قرره بعد التظلم منه أو بعد الطعن عليه وفقا للقانون ، وقد ينقضي الاختصاص بالتبعية لانقضاء المديونية بسبب من أسباب الانقضاء القانونية كالوفاء والمقاصة واتحاد الذمة .. الخ

ونحيل في تفاصيل كل ذلك إلى ما تم عرضه في صدد الرهن .

الفصل الأول
تعريف الكفالة وخصائصها

يستخدم تعبير الكفالة في القانون ، بمعان متعددة تختلف حسب موضعها وحسب مراد القانون من تنظيمها .

المعنى الأول :

هو إيداع مبلغ من المال بواسطة شخص ما ضمانا لأداء أمر معين أو لتغطية التعويض الذي قد يحكم به عليه مستقبلا بسبب ما يحدثه بالغير من ضرر . وفي هذا المعنى يتفق لفظ الكفالة بالمعنى الدارج مع كلمة تأمين . فيقال

مثلا دفع الشخص مبلغ كذا تأمينا لجدية دخوله المزاد ، أو تأمينا لجدية تنفيذ عمل اسند إليه .

ومن تطبيقات الكفالة في هذا المعنى الأول ما تنص عليه بعض القوانين من إلزام شخص بأن يدفع كفالة في ظروف معينة . ومن هذا القبيل نصوص المواد 289 و 290 من قانون المرافعات حيث يقضي لشخص بحكم مع شمول هذا الحكم بالنفاذ المعجل بكفالة يدفعها المحكوم له احتياطا لإلغاء الحكم مستقبلا وبعد تنفيذه .

أما المعنى الثاني : فهو المقصود من هذه الدراسة :

ويقصد بالكفالة[1] فيه أنها : " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " . والمقصود هنا أن الكفيل يتعهد إلى جانب المدين الأصلي بان ينفذ التزام هذا المدين حال امتناعه عن التنفيذ " ، فالكفيل هو مدين احتياطي ، وهو ضامن في ذمته الشخصية . لذلك تسمى الكفالة هنا بالكفالة الشخصية (وهي تقابل الكفالة العينية التي يضمن الكفيل فيها المدين لا في ذمته ولكن في مال معين من أمواله . وهي هنا تامين عيني وليست ضمانا شخصيا) .

(1) وفي الفقه الإسلامي تعرف الكفالة بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بدين أو عين أو نفس ، وركنها إيجاب وقبول وشروطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الأصيل نفسا أو مالا وأهلها من هو أهل للتبرع فلا تنفذ من صبي ولا مجنون إلا إذا استدان له وليه وأمره أن يكفل المال عنه فتصح ويكون إذنا في الأداء ومفاده أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ولولاها لطولب الولي . ولا تنفذ من مريض إلا من الثلث ولا من عبد ولو مأذونا في التجارة ، ويطالب بعد العتق إلا أن إذن له المولى .. راجع حاشية رد المختار لابن عابدين الجزء الخامس ص 281 وما بعدها (دار الفكر 1979) .

وقد لعبت الكفالة دورا هاما عندما كانت فكرة التأمينات العينية غير متطورة في عالم القانون . وفي القانون الروماني كان للكفالة شأنها وأهميتها حيث كان يتقدم لضمان دين المدين احد أفراد عائلته[1] أو احد أصدقائه .

التأمينات الشخصية والعينية
عقد الكفالة
الفصل الأول
تعريف الكفالة وخصائصها

يستخدم تعبير الكفالة في القانون ، بمعان متعددة تختلف حسب موضعها وحسب مراد القانون من تنظيمها .

المعنى الأول :

هو إيداع مبلغ من المال بواسطة شخص لأداء أمر معين أو لتغطية التعويض الذي قد يحكم به عليه مستقبلا بسبب ما يحدثه بالغير من ضرر. وفي هذا المعنى يتفق لفظ الكفالة بالمعنى الدارج مع كلمة تأمين . فيقال مثلا دفع الشخص مبلغ كذا تأمينا لجدية دخوله المزاد ، أو تأمينا لجدية تنفيذ عمل اسند إليه .

ومن تطبيقات الكفالة في هذا المعنى الأول ما تنص عليه بعض القوانين من إلزام شخص بأن يدفع كفالة في ظروف معينة ومن هذا القبيل نصوص المواد 289 و 290 من قانون المرافعات حيث يقضى لشخص بحكم مع شمول هذا الحكم بالنفاذ بكفالة يدفعها المحكوم له ، احتياطا لإلغاء الحكم مستقبلا وبعد تنفيذه .

---

(1) حيث لم تكن في بعض صورها (adpromissio) عن التضامن ، على نحو كان جميع أفراد الأسرة يلتزمون بالوفاء للدائن ، وكانت تتسم بطابع شخصي واضح فتنقضي بوفاة الكفيل ، ولا تتضمن دفعا بالتجريد أو بالتقسيم .

أما المعنى الثاني : فهو المقصود في هذه الدراسة :

ويقصد بالكفالة[1] فيه أنها : " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " . والمقصود هنا أن الكفيل يتعهد إلى جانب المدين الأصلي بأن ينفذ التزام هذا المدين حال امتناعه عن التنفيذ " ، فالكفيل هو مدين احتياطي وهو ضامن في ذمته الشخصية . لذلك تسمى الكفالة هنا بالكفالة الشخصية (وهي تقابل الكفالة العينية التي يضمن الكفيل فيها المدين لا في ذمته ولكن في مال معين من أمواله . وهي هنا تأمين عيني وليست ضمانا شخصيا) .

وقد لعبت الكفالة دورا هاما عندما كانت فكرة التأمينات العينية غير متطورة في عالم القانون . وفي القانون الروماني كان للكفالة شأنها وأهميتها حيث كان يتقدم لضمان دين المدين احد أفراد عائلته[2] أو احد أصدقائه .

وكان الكفيل في الأصل ملزما باعتباره مدينا أصليا بكل الدين ثم انتهى التطور إلى إعطاء الكفيل الحق في الدفع بالتجريد ، أي تجريد المدين الأصلي أولا من أمواله قبل مطالبة الكفيل . وكان القانون الروماني يحظر الكفالة على النساء ، حتى ولو كان المدين هو الزوج . وقد انتقل هذا الحظر إلى القانون الفرنسي وظل معمولا به حتى الغي في سنة 1616 .

ومع تطور التأمينات العينية قل شان الكفالة نسبيا . ومع ذلك فمازالت تلعب دورا هاما في عالم التجارة والمال خاصة في العلاقات مع البنوك حيث كثيرا ما تقدم ضمانا للمدينين لتغطية احتياجاتهم وتسيير أمورهم التجارية

---

(1) وفي الفقه الإسلامي تعرف الكفالة بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الاصيل في المطالبة بدين أو عين أو نفس ، وركنها ايجاب وقبول وشروطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الاصيل نفسا أو مالا واهلها من هو اهل للتبرع فلا تنفذ من صبي ولا مجنون إلا إذا استدان له وليه وامره أن يكفل المال عنه فتصح ويكون اذنا في الاداء ومفاده أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ولولاها لطولب الولي . ولا تنفذ من مريض إلا ن الثلث ولا من عبد ولو مأذونا في التجارة ، ويطالب بعد العتق إلا أن اذن له المولى .. راجع حاشية رد المختار لابن عابدين الجزء الخامس ص 281 وما بعدها (دار الفكر 1979).

(2) حيث لم تكن في بعض صورها (adpromissio) عن التضامن ، على نحو كان جميع أفراد الاسرة يلتزمون بالوفاء للدائن ، وكانت تتسم بطابع شخصي واضح فتنقضي بوفاة الكفيل ، ولا تتضمن دفعا بالتجريد أو بالتقسيم .

والمالية ، ويشهد بهذا الدور العدد الكبير من المنازعات القضائية التي تثار في هذا النطاق .

ويتبين من التعريف السالف ذكره للكفالة أنها تنشأ عن عقد وبناء على ذلك يلزم لقيامها اتفاق طرفين على الكفالة . والطرفان هما الدائن والكفيل . فالكفيل يتعهد بإرادته الحرة في أن يفي بالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي . وهذا المدين الأصلي ليس طرفا في عقد الكفالة ، وبالتالي فتعبيره عن إرادته في هذا الشأن لا لزوم له ، بل أن من المتصور أن تتم الكفالة بدون علمه[1] .

غير أن الأمر يتم عملا على خلاف هذا التصور السابق فغالبا ما يكون المدين هو الذي يبحث عن شخص يكفله ، ويقوم هو بتقديمه إلى الدائن .

خصائص الكفالة :

تنشئ الكفالة التزاما تابعا ، ذلك أنها تفترض وجود التزام أصلي وجدت لضمان تنفيذه عند قعود المدين الأصلي عن هذا التنفيذ. ويترتب على هذه التبعية وجوب أن يكون الالتزام الأصلي صحيحا ومازال قائما . فان كان الالتزام الأصلي باطلا ، أو كان قائما ولكنه انقضى قبل إبرام الكفالة ، فلا تقوم للكفالة قائمة في الحالتين ، فالتزام الكفيل ، على هذا المعنى ، هو التزام تابع يدور مع الالتزام الأصلي (الالتزام المكفول) وجودا وعدما .

ويترتب على وصف التبعية المشار إليه عدة نتائج أهمها :

أنه لا يجوز أن تكون الكفالة بمبلغ أعلى من مبلغ الدين الأصلي ، ولا بشروط اشد من شروطه (المادة 1/780 مدني)

غير أن الخروج عن هذا المعنى لا يؤدي بذاته إلى بطلان الكفالة ، غاية الأمر ترد الكفالة إلى حدود مبلغ المدين الأصلي وتكون نافذة في حدود شروطه .

وبالمقابل لذلك يتصور أن تكون الكفالة بشروط اخف من شروط الدين الأصلي كأن تكون الكفالة بمبلغ اقل من مبلغ الدين (م 2/780 مدني)

---

(1) بل ويمكن أن تتم الكفالة رغم اعتراض المدين (المادة 775 مدني) .

أن الكفيل لا يتصور أن يكون ملتزما بصفة أصلية بالدين لأن الأمر لو تم على هذا النحو فان الإنابة ولو كانت ناقصة لا تعد كفالة ، لأن المناب في الوفاء يلتزم بدفع مبلغ الدين عن الغير بصفة أصلية وليس بصفة تابعة . فضلا عن عدم جواز تمسكه بالدفوع الخاصة بالمنيب قبل المناب لديه ، وذلك على خلاف الكفيل . وكذلك الحال في وضع المدين المتضامن ، والوكيل بالعمولة الذي يضمن يسار العميل ، وحالة التعهد عن الغير . وبذلك تتخلف خصوصية الكفالة بحسب أنها تنشئ التزاما تابعا لالتزام أصلي.

أن الكفيل يستطيع أن يتمسك بأوجه الدفوع الخاصة بالدين الأصلي وعلى الأخص الدفوع المتعلقة بالإبطال[1] أو بطلان الالتزام الأصلي ، والدفوع المتعلقة بانقضائه بأي وجه من الوجوه ، وعلى الأخص يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التي تمت بين الدين الأصلي ودين مستحق في ذمة الدائن وكذلك الحال بالنسبة للتقادم حيث يجوز للكفيل أن يتمسك بسقوط الالتزام الأصلي بالتقادم حتى ولو لم تكن مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة لالتزام الكفيل على وجه الاستقلال .

أن التزام الكفيل هو التزام شخصي في ذمة الكفيل . وهذا التحديد يؤدي إلى استبعاد بعض الصور التي لا تعد كفالة بالمعنى المقصود في هذا المقام .

فكما سبق أن اشرنا إلى انه لا تعد كفالة بالمعنى الفني المبالغ أو المنقولات التي تودع على ذمة تنفيذ عمل أو التزام معين ، فهذا النوع من العمل يقترب من الرهن الحيازي أكثر من اختلاطه بالكفالة بالمعنى الدقيق.

كذلك لا يدخل في الكفالة كمصدر لالتزام شخصي ما يسمى بالكفالة العينية ، وقد سبق أن اشرنا إلى أن الكفالة العينية هي تأمين عيني وليست تأمينا شخصيا .

ومعنى الكفالة العينية أن يقدم الكفيل العيني مالا معينا من أمواله ضمانا لدين في ذمة شخص آخر ، فهو يرهن احد أمواله لصالح الغير . والكفيل هنا غير ملتزم في ذمته عامة بل ملتزم فقط في حدود ما خصص من مال لضمان الدين القائم في ذمة الغير (المكفول) .

---

(1) إلا إذا عقدت الكفالة بسبب نقص الاهلية .

ومن هذا الاختلاف بين الكفالتين يترتب أن الكفيل الشخصي يظل ملتزما بصفة تبعية في ذمته المالية مادام أن المدين الأصلي لم يف بالدين ، في حين أن الكفيل العيني يستطيع أن يتخلص من الكفالة إذا تخلي عن العين المرهونة أو إذا فقد حيازتها لأي سبب من الأسباب . وفي غير هذه الحدود لا اثر للكفالة في ذمته المالية ، ولا ينتقل التزامه إلى ورثته من بعده. والعكس هو الصحيح في الكفالة الشخصية ، كما سبق أن المحنا .

3- أن عقد الكفالة هو عقد رضائي . ومعنى ذلك انه لا يلزم لنشأة الكفالة أن يصب الاتفاق عليها في شكل خاص . وقد نصت المادة 773 من القانون المدني على أن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة والكتابة المطلوبة في هذه المادة هي شرط للإثبات وليست ركنا لانعقاد العقد ، ولذلك فان الكفالة تتم بتوافق الإرادتين المعنيتين على إنشائها ، ويتم إثباتها بالكتابة أو بما يقوم مقام الكتابة من إقرار أو يمين .

وقد اشترطت المادة 2015 من القانون المدني الفرنسي أن يكون تعبير الكفيل عن إرادته في الالتزام صريحا ، على أساس أن الكفالة لا تفترض . ولم يرد في القانون المصري نص مماثل ، لذلك تطبق في هذا الشأن القواعد العامة .

4- أن الكفالة تنشا عن عقد ملزم لجانب واحد ، ذلك أن الدائن هو المستفيد من الكفالة لا يتعهد ، في مقابل التزام الكفيل ، بأي أداء معين .

ومع ذلك يتعين أن نبدي عدة ملاحظات :

الملاحظة الأولى :

أن الدائن يلتزم في مواجهة الكفيل بان يحافظ على التأمينات الأخرى التي تضمن الوفاء له بدينه . وقد دعي ذلك البعض إلى القول بأن عقد الكفالة ملزم للجانبين . ولكن الحق أن التزام الدائن بالمحافظة على التأمينات هو

واجب يفرضه عليه القانون وليس التزاما ناشئا عن عقد الكفالة. فضلا عن أنه يمكن إسناده بصفة عامة إلى المفهوم الواسع لحسن النية[1] .

الملاحظة الثانية :

أن الدائن قد يتعهد في عقد الكفالة بمنح ميزة محددة للمدين كان يقرضه مالا ، أو أن يمد له اجل الدين ، أو أن يشطب الرهن الذي سبق أن تقرر لمصلحته . والتكييف الحقيقي في هذه الحالة هو أن ما تم بين الطرفين ، الكفيل والدائن ، هو عقد مركب من كفالة مضاف إليها اشتراط لمصلحة المدين . ويكون العقد في هذه الحالة ملزما للجانبين .

والملاحظة الثالثة :

تتعلق بالحالة التي يلتزم فيها الكفيل بضمان التزام المدين ولكن في المقابل مبلغ من المال يدفع له .

ولا نرى في الالتزام المقابل لالتزام الكفيل ما يغير طبيعة الكفالة إذ تبقى على وصفها مادام التزام الكفيل ينصرف إلى تنفيذ الالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين ، أما مسالة دفع مقابل إلى الكفيل فهي لا تغير من الأمر شيئا .

5- الكفالة ، بحسب الأصل ، من عقود التبرع ذلك أن الأصل أن الدائن لا يقدم مقابلا ، كما سبق القول ، لالتزام الكفيل ، فهذا الأخير يلتزم متبرعا ، فهو ، من حيث المبدأ ، لا يتلقى مقابلا لا من الدائن ولا من المدين . وتعكس هذه الخاصة النشأة الأصلية للكفالة حيث نشأت في محيط الأصدقاء أو محيط الأسرة الواحدة .

ويبقى للكفالة وصفها بأنها عقد تبرعي حتى لو تلقى الكفيل مقابلا من المدين ، فهذا الأخير ليس طرفا في عقد الكفالة . وتظل الكفالة عملا تبرعيا في علاقة طرفيها : لو منح الدائن أجلا للدين في مقابل الكفالة ، ففي هذه الحالة أيضا تظل الكفالة عملا تبرعيا بالنسبة للكفيل لأنه لم يتلق هو بذاته ، شيئا مقابل التزامه .

(1) يلاحظ الارتباط بين صفة الكفالة كعقد ملزم لجانب واحد وما ينبني عليها من أنها تتم على سبيل التبرع .

ويلاحظ أن الكفالة البنكية تتم عادة بمقابل يتحمله المدين مع بقاء علاقة الكفيل بالدائن تبرعية[1] .

وفي نهاية المطاف فان اعتبار الكفالة عملا تبرعيا ، كما هو الوضع غالبا ، أو من أعمال المعاوضة كما يحدث أحيانا ، يترتب عليه تطبيق أحكام التبرعات أو المعاوضات بحسب الأحوال . وتبدو أهمية ذلك على وجه الخصوص في تطبيق أحكام الأهلية ، ودعوى عدم نفاذ التصرفات ، وتحديد مدى سلطة الوكيل في إبرام الكفالة والتصرفات التي تتم في فترة الريبة في حالة الإفلاس .

6- الكفالة قد تكون مدنية أو تجارية : تعتبر الكفالة أصلا من الأعمال المدنية ، حيث أنها تحدث في غالب الأحوال بغير مقابل . ولهذا السبب فإنها تعد عملا مدنيا ، يستوي في ذلك أن يكون الالتزام المكفول التزاما مدنيا أو التزاما تجاريا ، كما يستوي في ذلك أن يكون الكفيل تاجرا أو غير تاجر .

ويرجع تأسيس هذا الحكم إلى أن نية التبرع لا تتفق مع مفهوم العمل التجاري . وقد نصت المادة 1/779 من القانون المدني ، تأكيدا للمعاني السابقة ، على أن : " كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا[2] "

غير أن هناك حالتين تعتبر فيهما الكفالة عملا تجاريا :

الحالة الأولى :

وردت في المادة 3/779 ضمن القانون المدني والتي نصت على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا . ومعنى ذلك أن الكفالة في هذه الحالة تعد عملا تجاريا أيا كانت صفة القائم بها ، تاجرا كان أم غير تاجر .

الحالة الثانية :

---

(1) وبالتالي فان وصف الكفالة في هذا الفرض بأنها معاوضة يضحى وصفا غير دقيق من الناحية القانونية .

(2) وواضح هنا أننا لا نرتب النتيجة المنطقية لمفهوم التبعية ، حتى ولو كانت الكفالة بمقابل كما سبق أن اشرنا ، اذ يبقى هذا المقابل بعيدا ، عادة عن علاقة الدائن بالكفيل .

انه في بعض الحالات يحترف شخص معين كفالة الغير بمقابل ، فإذا كان هذا الشخص تاجرا فان ما يقوم به من كفالة الغير يعد عملا تجاريا ، وفقا لنص المادة الثانية من القانون التجاري . ويطبق هذا الحكم الأخير على الكفالة التي تصدر عن البنوك حيث تعتبر من الأعمال التجارية بصفة دائمة[1] .

7- الكفالة الاتفاقية والكفالة القضائية والكفالة القانونية : تعتبر الكفالة دائما اتفاقية بالنسبة للكفيل ، فهذا الأخير لا يمكن أن يلتزم بكفالة الغير إلا بناء على رضائه ، أي اتجاه إرادته اختيارا إلى القيام بهذا العمل .

وفي بعض الحالات يكون شخص ما ملتزما بتقديم كفيل بمقتضى نص في القانون ، ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة 457 من القانون المدني من التزام البائع بتقديم كفيل للمشتري إذا أراد أن يستوفي الثمن رغم أحقية المشتري في حبس هذا الثمن . فالمدين هنا هو البائع يقدم كفيلا للمشتري ضمانا لتنفيذ ما نشا على عاتقه من التزامات عقد البيع . ومصدر التزامه بتقديم كفالة هو نص القانون ، لذلك توصف الكفالة هنا بأنها كفالة قانونية إشارة إلى مصدر الالتزام بتقديمها .

وفي حالات أخرى يكون مصدر الالتزام بتقديم كفيل هو حكم القضاء ، فقد يقرر القاضي في بعض الحالات الحكم على نحو معين مع إلزام المستفيد من الحكم بتقديم كفيل . وتسمى الكفالة هنا كفالة قضائية إشارة إلى مصدر الالتزام بها .

وفي الحالات السابقة (القانونية والقضائية) يلاحظ أمرين :

الأمر الأول :

أن تسمية الكفالة بأنها قانونية أو قضائية ليس دقيقا تماما ، لان الكفالة بالنسبة للكفيل لا يمكن إلا أن تكون اتفاقية حيث لا يتصور أن يلتزم شخص بكفالة آخر بمقتضى نص أو بمقتضى حكم ، إنما الذي يلتزم بذلك هو المدين الذي يتعين عليه أن يجد كفيلا يقبل باختياره ورضاه أن يكفله أيا ما كان مصدر الالتزام بتقديم الكفالة .

---

(1) كما يلاحظ أن الكفالة قد تصبح عملا تجاريا وفقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية ، كما لو قام بها تاجر لشئون تتعلق بتجارته : نقض تجاري فرنسي 5 ديسمبر 1967 بلتان رقم 403 .

الأمر الثاني :

أن القانون رتب أمرا هاما على نوع مصدر التزام المدين بتقديم كفيل ، في حالتي الكفالة القانونية والقضائية حيث نصت المادة 795 من القانون المدني على انه في " الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين "[1] .

ومعنى ذلك ، انه إذا تعدد الكفلاء ، في الكفالة الاتفاقية ، فلا تضامن فيما بينهم ، أو فيما بينهم وبين المدين ، إلا بنص صريح في الاتفاق المنشئ للكفالة .

لما إذا تعدد الكفلاء ، في الكفالة القانونية أو القضائية فان للتضامن يقوم فيما بينهم ، وفيما بينهم وبين المدين ، نزولا على حكم المادة 795 السالفة الذكر .

ومفاد هذا الحكم ، أن الكفالة الاتفاقية اخف وطأة من الكفالة القضائية أو القانونية .

شروط الكفيل :

يشترط في الكفيل أن يكون أهلا لإبرام الكفالة ، فان تخلف هذا الشرط فلا تصح الكفالة . وبناءاً على ذلك فإذا التزم شخص بان يقدم كفيلا تعين عليه أن يقدم كفيلا توافرت له الأهلية اللازمة . وإلا فانه لا يكون قد اوفى بالتزامه .

ويضاف إلى هذا الشرط الذي تقتضيه المبادئ العامة ما ورد في المادة 774 من القانون المدني حيث تطلبت في الكفيل شرطين آخرين وهما أن يكون الكفيل موسرا وان يكون مقيما في مصر .

اما شرط يسار الكفيل :

---

(1) ومن أمثلة الكفالة القانونية نص المادة 457 مدني التي تلزم البائع بتقديم كفيل إذا اراد أن يستوفي ثمن المبيع بالرغم من قيام حق للمشتري في حبسه . وكذلك ما ورد في المواد 459 و 605 و 992 و 1010 من القانون المدني .

فيستهدف أن يكون الكفيل قادرا على الوفاء بالدين عند الاقتضاء إذا لم يف به المدين . وعلى المدين عبء إثبات يسار الكفيل عند المنازعة في هذا الامر . وللدائن إثبات العكس . ويشترط القانون الفرنسي في (المادة 2019 مدني) أن يكون يسار الكفيل في صورة أموال عقارية لا منقولة إلا إذا كان الدين المضمون زهيد القيمة أو كان تجاريا . ففي الحالتين الأخيرتين يجوز أن يكون محل الكفالة منقولا " يسار الكفيل يقيم وفق أمواله العقارية فيما عدا المسائل التجارية والديون المتواضعة ولا يأخذ في الاعتبار العقارات المتنازع عليها أو التي يصعب التنفيذ عليها بسبب بعد موقعها ".

ولم ترد مثل هذه الشروط في القانون المدني وبالتالي يتصور أن تكون أموال الكفيل – والتي تعبر عن يساره – عقارية أو منقولة كأسهم أو سندات أو سيارات أو مجوهرات .. الخ .

أما الشرط الثاني وهو شرط الإقامة في مصر :

فانه الدعامة الثانية لجعل الكفالة فعالة ومفيدة من الناحية العملية ، إذ يسهل مع الإقامة في مصر تعقب الكفيل والتنفيذ على أمواله . ومع توافر شرط الإقامة لا يشترط أن يكون الكفيل مصريا ، كما لا يشترط في شخصه أية مواصفات خاصة تتعلق بحسن السمعة أو سرعة الوفاء بالديون أو انتفاء المماطلة (ما لم يتفق على غير ذلك صراحة) .

وإذا توافر الشرطان السابقان عند إبرام الكفالة تعين استمرار توافرهما إلى حين الوفاء بالدين ، فإذا تخلف احدهما أو كلاهما ، جاز للدائن أن يتمسك بضرورة تقديم كفيل آخر . ويجوز للمدين أن يقدم بديلا يتمثل في رهن رسمي أو حيازي أو كفالة عينية (م 774 مدني) .

ويتفق هذا التحديد الأخير مع ما جاء (بالمادة 475 مرافعات) من انه في الأحوال التي لا يجوز فيها تنفيذ الحكم أو الأمر بكفالة ، يكون للملتزم بها الخيار بين أن يقدم كفيلا مقتدرا أو أن يودع خزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية ما فيه الكفاية وبين أن يقبل إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة

المحكمة أو تسليم الشيء المأمور بتسليمه في الحكم أو الأمر إلى حارس مقتدر "[1]

تفسير الكفالة :

يتعين تفسير نصوص الكفالة تفسيرا ضيقا ، بمعنى انه لا يجوز للقاضي أن يتوسع في هذا التفسير ، وتنصرف هذه القاعدة ، كما هو واضح ، لمصلحة الكفيل الذي غالبا ما يتقدم لتحمل عبء الكفالة بغير مقابل .

وتنصرف قاعدة التفسير الضيق إلى جميع عناصر الكفالة خاصة من حيث تحديد الدين المكفول أو من حيث تحديد المدين المكفول ، أو من حيث الوقت المحدد لها وشروطها خاصة استظهار الحدود التي عقدت في إطارها .

واتساقا مع هذا المفهوم السابق تقرر مبدأ أن الكفالة لا تفترض ، إذ يتعين أن يستظهر القاضي رضاء الكفيل بها صريحا ، كما أن إثبات الكفالة لا يكون إلا بالكتابة حتى ولو كان الالتزام الأصلي مما يجوز إثباته بالبينة .

وتطبيقا لقاعدة التفسير الضيق سالفة الذكر فانه إذا كفل الكفيل جزء من الدين فان كفالته تقتصر على هذا الجزء ولا تتعداه إلى بقية الدين ، وإذا كانت الكفالة تشمل الفوائد البسيطة للدين فلا تتعدى ذلك إلى ضمان الفوائد المركبة وكذلك الحال لو كفل شخص مستأجرا في صفقة أطيان معينة ولم تتم هذه الصفقة بل تمت صفة أخرى فلا يكون ضامنا في هذه الصفقة الأخيرة[2] . وكذلك من يكفل شخصا على اعتبار انه مجرد محصل لدى إحدى الشركات فلا يضمن مسئوليته إذا عينته الشركة في وظيفة أخرى .

كذلك يقتضي عدم التوسع أن تضامن الكفيل لا يفترض إذ لا بد أن يقوم بناء على اتفاق أو حكم تشريعي (مثلا م 795 مدني التي تقضي بالتضامن في حالتي الكفالة القضائية والقانونية) .

---

(1) راجع أيضا مواد 477 و 478 مرافعات .

(2) نقض مدني 23 نوفمبر 1939 مجموعة عمر جزء 3 ص 15 : أيضا من كفل مستأجر لمدة عقده فلا تمتد الكفالة في حالة التجديد الضمني (م 599 مدني) .

أما من حيث المدين المكفول فان من كفل مدينا معينا فلا يجوز أن يلتزم بالكفالة إذا تغير المدين تجديدا للالتزام بتغيير المدين ، ما لم يوافق الكفيل على كفالة المدين الجديد (م 358 مدني) كذلك الحالي في حالة حوالة الدين إلى مدين غير المدين المكفول (م 358 مدني) كذلك من يكفل شريكا في الإيجار لا تمتد كفالته إلى شركاء الشريك المكفول حتى ولو كانوا جميعا متضامنين[1] .

ومن كفل مستأجرا أصليا لا تمتد كفالته إلى المستأجر من الباطن : ومن كفل صاحب حق انتفاع لا تمتد كفالته إلى من تنازل له المنتفع عن حقه .. الخ .

ومن ناحية أخيرة فان الكفالة تقف عند حدود الوقت المحدد لها لا تتجاوزه ، فإذا كانت الكفالة محددة بزمن معين فإنها تنقضي بانقضاء هذا الزمن دون مطالبة بالوفاء حتى ولو ظل الالتزام المكفول قائما بعد هذا الوقت كذلك الحال إذا علق الكفيل قيام كفالته على زمن معين يتعين أن يقوم فيه الالتزام المكفول مستقبلا ، فان ذمته تبرأ بانقضاء هذا الأجل دون أن ينشأ الالتزام المقصود كفالته .

التمييز بين الكفالة وبين غيرها من النظم المشابهة لها :

توجد في عالم القانون المدني والتجاري أنظمة أخرى قد تشتبه بالكفالة من زاوية أو أخرى وان كانت تختلف عنها في أحكامها القانونية الجوهرية . ومن هذه الأنظمة نظام التامين ، ونظام المدينين ، والتعهد عن الغير والحوالة وأخيرا الكفالة والخطاب الضمان ، ونفحص كل حالة منها على حدة توضيحا للتمييز والفروق بينها وبين الكفالة .

أولا : الكفالة ونظام التامين :

يعرف التامين بأنه عملية فنية تزاولها هيئات منظمة مهمتها جمع اكبر عدد ممكن من المخاطر المتشابهة وتحمل تبعتها عن طريق المقاصة وفقا لقوانين الإحصاء ، وأداة ذلك بالنسبة للمؤمن لصالحهم هو عقد التامين والذي بمقتضاه يحصل المؤمن له ، أو من يعينه في الحال تحقق الخطر المؤمن منه

---

(1) نقض مدني 7 يناير 1937 مجموعة عمر ، جزء 2 ، ص 61 .

على العوض المالي المتفق عليه في العقد وعقد التامين على هذا النحو هو عقد احتمالي ملزم للجانبين ، كما انه عقد أصلي مقصود لذاته في حين أن التزام الكفيل ، كما اشرنا ، هو التزام تابع يدور في وجوده مع الالتزام الأصلي . ومن ذلك فقط تختلط الأمور في بعض الفروض العملية ، حيث يقدم لنا العمل مثلا حالة الوكيل بالعمولة مع شرط الضمان ، حيث يتعهد الوكيل بالعمولة بالقيام بالعملية القانونية المتفق عليها ثم يضيف إلى التزامه التزاما آخر بضمان تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته ، ويكون ذلك في مقابل عمولة متفق عليها . والحقيقة هنا أن التزام الوكيل بالعمولة بضمان تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته ليس كفالة بالمعنى القانوني . لان الالتزام المشار إليه هو جزء من العملية القانونية التي اتفق الوكيل بالعمولة على القيام بها ككل . وهو بالتالي ليس التزاما تبعيا لالتزام المدين . ومن هنا كان الأقرب إلى الصحيح أن العقد في شقة الثاني هو عقد تأمين . ويظل هذا التكييف الأخير هو التكييف الصحيح ما لم يتبين من الاتفاق صراحة أن نية الطرفين قد انصرفت إلى إبرام عقد كفالة تابع بالمعنى الكامل . والأمر هنا يتحدد على ضوء تقدير القاضي لظروف التعاقد وتفسيره لنية أطرافه .

كذلك تختلف الكفالة عن حالة التامين الائتماني ، وفيها يعقد تامين بقصد طمأنة الدائن على حصوله على حقه من المدين ولكن عن طريق إبرام عقد تأمين . ومثاله أن يفتح شخص اعتمادا لأخر مع إلزام المستفيد بإبرام عقد تأمين لدي إحدى شركات التامين ، لكي تقوم هذه الأخيرة بتعويض الدائن عما يلحقه من خسارة نتيجة عدم الوفاء بالمديونية . والتزام شركة التامين في هذا الفرض ليس التزاما تابعا بل هو التزام مستقل بذاته محله تقديم عوض عن عدم الوفاء وليس الوفاء البديل بالمديونية . وأخيرا لا وجه للخلط بين الكفالة وإعادة التامين ، فرغم أن إعادة التامين تستهدف قيام شركة إعادة التامين بالوفاء بمبلغ التامين عند عدم قيام المؤمن عليه بالوفاء ، إلا أن هذه الإعادة ليست كفالة بالمعنى الفني والقانوني ذلك أن إعادة التامين هو مستوى من مستويات التامين بما له من خصائص ومميزات يستقل بها .

ثانيا : الكفالة وتضامن المدينين :

في القانون الروماني كان هناك خلط بين الكفالة والتضامن حيث لم يكن هذا القانون يفرق بينهما خاصة في حالة تعدد المدينين المتضامنين مع انحصار المصلحة في الدين في شخص مدين واحد من بينهم ، فإذا أوفى احدهم بالدين

كان لـه الرجـوع علـى المـدين صـاحب المصـلحة بكـل مـا وفـاه . ومـع ذلـك فـان الفرق بين النظامين (الكفالة والتضامن) قد تبلور بوضوح متمثلا في اختلاف جوهر الفكرة في كل منها عن الآخر . فالمدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية ولا يجوز له أن يدفع بسبق مطالبة المدين الآخر أو بسبق تجريده من أمواله . أما الكفيل فهو ملتزم بصفة تبعية كما سبق أن رددنا وتجوز له هذه الدفوع وما يدور في فلكها ويقوم على ذات منطقها كالدفع بالتقسيم والدفع بإضاعة التأمينات والتمسك بدفوع الدين الأصلي .. على نحو ما سوف نبسطه لاحقا . وبناء على ذلك يضحى التزام المدين المتضامن اشد عبئا من التزام الكفيل ، وقد ترتب على هذه المفارقة بين النظامين انه إذا ثار شك حول طبيعة الالتزام وهل هو علي سبيل الكفالة أم على سبيل التضامن تعين التفسير في اتجاه الكفالة باعتبارها اخف وطأة من التضامن وأخذا بقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة الملتزم .

ولكن يلاحظ أن من الصور العملية ما يضاف فيها التضامن إلى الكفالة فيشترط الدائن أن يكون الكفيل متضامنا مع المدين فإذا ما أضيف هذا الوصف على النحو فقد الكفيل إمكانية الدفع بسبق المطالبة أو بالتجريد أو بالتقسيم ، وأصبح مركزه في هذا الخصوص كمركز المدين المكفول . ولكن – ورغم ذلك – تبقى فروق هامة أهمها أن الكفيل ولو كان متضامنا ، يقف في منطقة الالتزام التبعي . بما يخفف من مسئوليته بالمقارنة مع المدين فيجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بالدفوع المتعلقة بالانقضاء كالدفع بالمقاصة والتقادم والدفوع المتعلقة بشخص المدين كالدفع بعيوب الإرادة ونقص الأهلية (ما لم تكن الكفالة بسبب نقص الأهلية) ، كما أن للكفيل ولو كان متضمنا أن يدفع بإضاعة التأمينات ... وكل ذلك غير جائز بالنسبة للمدين المتضامن .

ثالثا : الكفالة والتعهد عن الغير :

التعهد عن الغير هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص بان يجعل الغير يلتزم بأمر معين (م 153 مدني) . ومن هذا المعنى قد يثور الخلط بينه وبين الكفالة . ورغم هذه الشبهة إلا أن فروقا أساسية تباعد بين النظامين . فالمتعهد عن الغير يلتزم التزاما أصليا بالقيام بأداء معين هو حمل الغير على الالتزام بأمر معين في حين أن التزام الكفيل التزام تبعي .

وعلى هذا الأساس فان الكفيل في ضمانه لالتزام المدين الأصلي إنما يقوم بالوفاء إذا تقاعس هذا المدين عن الوفاء بالدين ، في حين أن المتعهد عن الغير إما أن يفي بما التزم به في صورة حمل الغير على قبول التعهد فتنتهي مسئوليته عن هذا الحد وإما أن يفشل في مهمته فيسال عن تعويض المتعهد له عما لحق به من ضرر نتيجة لعدم تنفيذ ما تعهد به أي أنه مسئول عن إخلاله بالتزامه بوصفه مدينا أصليا وليس بوصفه كفيلا .

ومن ناحية أخرى فان الكفيل إذا أوفى بالدين رجع على المدين بما أوفاه ، اما المتعهد فهو ينفذ التزاما شخصيا فلا رجوع له – بطبيعة الحال- على احد ، بل وليس له الرجوع من حيث المبدأ – بما أوفاه من تعويض حال فشله في حمل الغير على الالتزام .

رابعا : الكفالة والحوالة :

في حوالة الحق :

يحول الدائن حقه إلى غيره ، وهو أمر جائز قانونا ما لم تحل طبيعة الالتزام وما لم يوجد نص أو اتفاق على منعه (م 303 مدني)

ويضمن المحيل فعله الشخصي إذ يلتزم بالامتناع عن اي عمل يكون من شانه منع المحال من استيفاء حقه من المدين أو يجعل هذا الاستيفاء أكثر صعوبة أو مشقة . يستوي في هذا الضمان الشخصي أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض . فإذا اخل المحيل بهذا الالتزام كان ملزما بالتعويض ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط هذا الضمان (م 311 مدني) ومن ناحية ثانية يضمن المحيل وجود الحق ، غير أن هذا الضمان لا يتحقق إلا في حالة الحوالة بعوض . وهذه الأحكام يجوز الاتفاق على خلافها (م 308 مدني)

ويكون المحيل ضامنا لاستحقاق الحق المحال في صورة محددة قانونا هي أن يرد ما أخذه (في حالة الحوالة بعوض) من المحال مع الفوائد والمصروفات ، ولا يجوز مطالبته إلا بهذه المبالغ (ويقع باطلا أي اتفاق يجاوز هذا القدر (م 310 مدني)

والواضح من هذه الأحكام السابقة أن المحيل ضامن ، ومع ذلك فهو ليس كفيلا لان التزام المحيل بالضمان التزام أصلي قائم بذاته يتمثل في

مسئوليته عما يلحق المحال من ضرر نتيجة للإخلال بالالتزام بالضمان (في الحدود السابق الإشارة إليها) فالتزام المحيل بالضمان يختلف في موضوعه وفي حدوده عن التزام الكفيل . لذلك فان ذمة الكفيل لا تبرأ لمجرد تأخر الدائن في المطالبة بالمديونية عند حلول اجل الوفاء بها ، ما لم يكن الكفيل قد قام بإنذار الدائن باتخاذ إجراءات المطالبة ثم تأخر هذا الدائن عن القيام بذلك خلال الستة أشهر التالية للإنذار (م 785 مدني) . أما المحيل فان ذمته تبرأ إذا حصل المحال عليه على اجل إضافي باتفاق مع المحال ، حتى ولو أعسر المحال عليه بعد تاريخ هذا الاتفاق ، لان المحيل لا يضمن يسار المدين في حالة الاتفاق على ذلك – إلا لوقت الحوالة كما أن المحال بعد الحوالة يفقد صفته كدائن ولا يستطيع – على خلاف الكفيل – أن يتخذ إجراءات تحفظية للمحافظة على الحق المحال .

أما في حالة حوالة الدين فهي تتم عادة باتفاق بين المدين الأصلي وشخص آخر (م 315 مدني) يقبل أن يحل محله في المديونية قبل الدائن (وقد تتم نادرا باتفاق بين الدائن وشخص من الغير يقبل أن يحل محل المدين في المديونية)

ولا تنفذ الحوالة في مواجهة الدائن إلا إذا اقرها (م 316 مدني) . ويكون المدين الأصلي ضامنا يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن الحوالة (ما لم يتفق على غير ذلك) (م 319 مدني) . غير أن التزامه بالضمان هنا ليس التزاما تبعيا (كما هو الحال في الكفالة) ولكنه التزام أصلي قائم بذاته . وموضوع هذا الالتزام بالضمان وهو تعويض الدائن عن إعسار المحال عليه – لا يعتبر المحال عليه كفيلا بل هو مدين بصفة أصلية حل بمقتضى الحوالة محل الدين الأصلي ، وإذا لم يقر الدائن الحوالة – أو رفضها – فان المدين الأصلي يظل ملتزما في مواجهته بالوفاء بالدين .

خامسا : خطاب الضمان والكفالة :

يعرف العمل في سوق التجارة والبنوك ما يسمى خطاب الضمان أو الضمان بمجرد الطلب . ويقدم هذا النظام للدائن ثقة وضمانا أكثر فعالية من الكفالة العادية إذ تحكمه قاعدة أساسية هامة وهي عدم نفاذ أية دفوع ، تتعلق بالالتزام المضمون ، في مواجهة الدائن .

وقد نشأ أسلوب خطابات الضمان في المعاملات البنكية حيث استخدم في البداية في المعاملات المالية والتجارية الدولية ، خاصة حين تتقدم شركة تابعة لدولة ما للقيام بمشروع في دولة أخرى ، فتطلب هذه الأخيرة خطاب ضمان بمبلغ محدد تقدمه الشركة صادرا من أحد البنوك التي تتعامل معها . وعادة يكون شرط تقديم خطاب الضمان هو أحد الشروط الأساسية لترسيه العطاء على الشركة المتقدمة .

ورغم هذه النشأة الدولية لخطابات الضمان، فانه بدا في الانتشار في العلاقات الداخلية أيضا في الدول المختلفة ومنها مصر .

ويتميز خطاب الضمان بأن التزام البنك الذي يصدر حساب الضمان هو التزام مجرد يتعين عليه أن يفي بقيمته للمستفيد (الجهة صاحبة المشروع) بمجرد الطلب دون أن يعطل ذلك أي اعتراض من جانب العميل ، ودون أن يحاج المستفيد بأية دفوع تكون قائمة في علاقة البنك بعملية ، أو بأية دفوع تقوم في علاقة العميل بالجهة صاحبة المشروع . ولذلك اطل على خطاب الضمان وصف " الضمان المستقل " تعبيرا عن استقلالية الالتزام الثابت فيه عن أية علاقة أخرى ، إذ يظل محكوما بما ورد فيه فحسب دون أي اعتبار آخر . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن خطاب الضمان لا يتأثر ببطلان العلاقة التعاقدية الأصلية بين العميل ومن تعاقد معه ، كما لا يتأثر بالتنفيذ المعيب من جانب الجهة المتعاقدة مع العميل لالتزاماتها[1] .

وقد ترتب على التحليل السابق أن ذهب جانب من الفقه إلى أن خطاب الضمان لا يعد كفالة بالمعنى المعروف في القانون المدني ، ولكنه يمثل عقدا من نوع خاص ، أي انه يقوم – كما سبق – على استقلالية شبه كاملة (وليس على فكرة التبعية) عن الالتزام المضمون .

الفصل الثاني
أركان الكفالة وشروط صحتها

(1) نقض تجاري فرنسي 17 أكتوبر 1984 بلتان – 4 – رقم 265 .

تنعقد الكفالة بتوافر أركانها ، الرضا والمحل والسبب كأي عقد من العقود المدنية ، ونعرض لكل من هذه الأركان في مبحث مستقل . وفي مقام التعرض لركن الرضا نعرض شروط صحته .

المبحث الأول

الرضا (وجوده وصحته)

ليس في ركن الرضا ما تختلف فيه الكفالة عن غيرها من العقود ، فهي تخضع ، في هذا الشأن ، لحكم القواعد العامة ، حيث يتعين أن يوجد الرضا من جانب كل من الطرفين ، فان انعدم رضا احدهما فلا ينعقد العقد أصلا .

والرضا المتبادل ، في هذا المقام ، يصدر عن طرفين وهما الكفيل والدائن ، وكما سبقت الإشارة لا دخل للمدين في هذا العقد ، بل أن الكفالة تجوز أن تعقد بغير علمه ، بل ورغم معارضته (م 775 مدني)

فإذا توافر الرضا ، على النحو السابق ، توافر معه الركن الأول للانعقاد ، غير أن هذا الرضا لابد أن يكون صحيحا لكي يصح العقد .

وشروط الصحة ، كما هو مقرر في القواعد العامة هي الأهلية وخلو الإرادة من العيوب (الغلط والإكراه والاستغلال والتدليس)

وفي صدد الأهلية :

اشرنا إلى أن الكفالة تتم غالبا بغير عوض . وفي هذه الحالة تعتبر بالنسبة للكفيل عملا ضارا ضررا محضا وبالتالي لابد أن يتوافر للكفيل وفقا لهذا المنطق أهلية التبرع فلا تجوز الكفالة ، بالتالي ، إلا من البالغ الرشيد غير المحجور عليه[1] . أما إذا كانت الكفالة بعوض يحصل عليه الكفيل ، فإنها تعد من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر وتجوز من الصبي المميز ، ومن في حكمه ، وتكون قابلة للبطلان[2][1].

(1) كما أنها لا تجوز في حالة التبرع من الولي أو الوصي أو القيم ولو بإذن المحكمة .

(2) وفي هذه الحالة تجوز من الولي إذا كان هو الاب بغير اذن من المحكمة ، وتجوز باذن المحكمة لغيره : الولي (الجد) والوصي والقيم .

ويلاحظ أن الشركة يمكن أن تكون كفيلا ولكن في حدود الغرض المحدد لها وبالتالي لا يمكن للشركة أن تكفل احد الشركاء وإلا كانت كفالتها باطلة بطلانا مطلقا .

أما بالنسبة للدائن ، وهو المستفيد من الكفالة ، فان حصل عليها بغير مقابل ، فإنها تعد عملا نافعا نفعا محضا أما إذا دفع مقابلا لها فإنها تعد من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، وفي الحالتين تطبق عليها قواعد الأهلية المناسبة ، وفقا للقواعد العامة .

أما بالنسبة لعيوب الإرادة ، فان هذه الكفالة تخضع في شأنها أيضا للقواعد العامة ، فإذا توافر واحد منها ، الغلط الإكراه التدليس والاستغلال ، اصبح عقد الكفالة قابلا للبطلان لمصلحة من عيبت إرادته . والاكثر تصورا من الناحية العملية هو عيب الغلط وعيب التدليس .

أما بالنسب للغلط :

فان صعوبة تبدو للوهلة الاولى في تطبيق نظرية الغلط في شان إبرام الكفالة وتعود هذه الصعوبة إلى أن الكفالة لا ترد على شيء من الاشياء التي يمكن أن يتصورها المتعاقد على غير حقيقتها . ومع ذلك فمن الممكن تصور الغلط في سبب قبول كفالة المدين ، وهو يختلط في هذه الحالة مع عنصر الرضاء فيما يتضمنه من مضمون إرادة أو نية الضمان . كارادة مجردة تتوافر في جميع عقود الكفالة ولا تختلف من حالة إلى حالة .

وفي هذا الفرض لن يتوافر الغلط إلا إذا ثبت أن الكفيل لم يقصد الضمان اطلاقا . وهنا يرقى الغلط إلى درجة الغلط المانع من الانعقاد .

غير أن الغالب عملا هو أن يثير الكفيل تمسكا بصور اخرى للغلط من اهمها الغلط في شان يسار المدين أو في شان ما يعتقده من ضمانات اخرى تقررت لضمان ذات الدين . وهذا النوع من الغلط هو الذي يمكن أن يعيب إرادة الكفيل إذا تبين من ظروف التعاقد انه كان غلطا جوهريا لو علم به الكفيل لما

---

(1) ومع ذلك فاننا نلاحظ أن الكفيل ليس في مركز المتبرع تماما فهو الحقيقة يقدم ائتمانا يخول له حق الرجوع بما وفاه في نهاية المطاف فهو لا يقصد بالتالي ، أن يقتطع من ذمته المالية مالا على نحو نهائي .

اقدم على قبول الالتزام بوصفه كفيلا . ومن قبيل ذلك أن يقبل شخص أن يكون كفيلا اعتمادا على أن الدين مضمون برهن رسمي مثلا أو بتامينات اخرى كافية لضمان الوفاء .

أما مسالة الغلط في شأن يسار المدين فانها تثير قدرا من الدقة والصعوبة والفرض هنا أن كفيلا قبل الكفالة معتقدا في يسار المدين المكفول وقت إبرام الكفالة . وقد ترددت المحاكم الفرنسية في هذا الخصوص ، فقد اتجهت بعض أحكام النقض إلى أعمال قواعد الغلط في هذا الخصوص ، وابطال الكفالة إذا توافرت شروطه[1] ، واتجهت أحكام اخرى إلى تفادي البطلان النسبي تحت ستار أن الغلط لم يكن دافعا إلى التعاقد ما دام الكفيل لم يفصح عن هذا المعنى بمقتضي بمد في عقد الكفالة[2] .

أما بالنسبة للتدليس :

فانه قد يأتي من جانب الدائن في بعض الحالات النادرة وقد يتصور غالبا من جانب المدين ، وإذا ادعى الكفيل انه كان ضحية تدليس دفعه إلى التعاقد فان على عاتقه يقع عبء اثبات هذا الأمر وفقا لشروط القانون المدني ومن اهمها وجود وسائل احتيالية أوقعته في غلط دفعه إلى التعاقد . ونظرا لان الكفالة تبرم بين الكفيل والدائن فقد يتوصل الكفيل باعتباره طرفا في العقد إلى اثبات هذه الامور . أما إذا كان الادعاء بتدليس صادر عن المدين فان الصعوبة تبدو أكثر وضوحا باعتبار أن المدين ليس طرفا في الكفالة ، اذ يجب في هذه الحالة اثبات أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس .

ويلاحظ فضلا عما سبق أن الكفالة إذا عقدت عن طريق وكيل عن الكفيل ، وجب أن تكون الوكالة خاصة (إذا كانت كفالة بمقابل يحصل عليه الكفيل) ، أما إذا كانت الكفالة تبرعية فيجب أن يكون التوكيل خاصا ومحددا .

ويلاحظ اخيرا أن الكفالة كما تجوز باسم شخص معنوي تجوز من شخص طبيعي لمصلحة شخص معنوي .

---

(1) نقض مدني فرنسي أول مارس سنة 1972 دالوز 1973 – 733 والتعليق .

(2) نقض مدني فرنسي 25 اكتوبر سنة 1977 دالوز 1978 ملخصات سريعة 74 .

الكفالة قد تعلق على شرط وقد تضاف إلى اجل :

قدر لا يكون التزام الكفيل بضمان الدين منجزا ، بل قد يعلق على شرط وقد يضاف إلى اجل . وقد نصت على ذلك (المادة 778 من القانون المدني) : " تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي .

على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة ، كان له أن يرجع فيها مادام المكفول لم ينشأ .

ومن قبيل التعليق أن يعلق الكفيل كفالته على أمر معين ، فلا تنفذ الكفالة إلا إذا تحقق هذا الأمر .

المبحث الثاني

المحل في الكفالة

تنصرف الكفالة إلى ضمان الوفاء بالتزام اصلي يقع على عاتق المدين المكفول . واي التزام يصح أن يكون محلا للكفالة ، يستوي في ذلك الالتزامات الناشئة عن العقود أو تلك الناشئة عن مصادر أخرى[1] . بل يجوز أن يضمن الكفيل كفيلا آخر ، وفي هذه الحالة الاخيرة نكون بصدد كفالة على درجتين كفيل الالتزام الاصلي ، ثم كفيل الكفيل ويسمي كفيل الكفيل ، في القانون الفرنسي ، المصدق ، وتسري في شأنه أحكام الكفيل الاصلي عند قعود المدين الاصلي ، ثم الكفيل الاصلي عن الوفاء بالدين .

ويشترط في محل الكفالة – محددا على النحو السابق :

أن يكون الالتزام الاصلي ممكنا وصحيحا

أن يكون الالتزام الاصلي التزاما مدنيا بالمعنى الفني للكلمة أي توافر له عنصري المديونية والمسئولية .

أن يكون الالتزام الاصلي معينا أو قابلا للتعين .

---

(1) كالقانون ، أو الاثراء بلا سبب ، أو الفعل غير المشروع .

ونعرض لكل من هذه الشروط في مطلب مستقل

المطلب الأول

أن يكون الالتزام الأصلي ممكنا وصحيحا

نصت المادة 776 من القانون المدني على انه : " لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا "

وهذا الحكم هو تطبيق منطقي للتبعية القائمة بين عقد الكفالة والالتزام المكفول . فالكفالة ما هي إلا وسيلة لضمان الوفاء بالدين عند عدم الوفاء به من جانب المدين ولذلك فلا تتصور كفالة التزام غير موجود أصلا ، أو التزام باطل بطلانا مطلقا . فالكفالة بوصفها تابعة للالتزام الأصلي تدور معه في الوجود والعدم .

وتطبيقا لما سبق لا تصح كفالة دين القمار أو الرهان ، ودين الربا الفاحش فيما يجاوز الفائدة القانونية ، كما لا يجوز كفالة التزام مستحيل ، أو التزام قائم على سبب غير مشروع ، أو التزام بهبة لم تفرغ في الشكل القانوني ، والجامع المشترك في هذه الحالات هي عدم وجود الدين لاستحالته أو لبطلان سنده بطلانا مطلقا .

<u>كفالة الالتزام القابل للبطلان :</u>

الالتزام القابل للابطال هو التزام موجود وصحيح فهو صحيح إلى أن يتمسك صاحب الشأن بابطاله فيقضي له بذلك ، فان حدث هذا الأمر زال الالتزام وكانه لم يكن موجودا في الاصل .

ونزولا على هذا المعنى فطالما أن الالتزام القابل للابطال صحيح وقائم فانه يجوز كفالته ، فإذا تمسك صاحب الشأن ببطلانه وقضى له بذلك زال الالتزام الاصلي وزال معه عقد الكفالة الخاص به نزولا على معنى التبعية القائمة بين الكفالة والالتزام المكفول .

وينطبق القول السابق على القابلية للإبطال الناشئة عن عيب من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال ، كما ينطبق على حالات القابلية للإبطال الناشئة عن نصوص خاصة في القانون كما هو الحال قابلية بطلان بيع

ملك الغير المقررة لمصلحة المشتري . والحكم السابق هو تطبيق لمقتضى القواعد العامة .

غير أن المشرع اورد نصا خاصا بحالة القابلية للبطلان الناشئة عن نقص الاهلية ، فقد نصت المادة 777 من القانون المدني على أن من كفل التزام ناقص الاهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول "

وفي هذا الحكم الخاص بنقص الاهلية خرج المشرع عن مقتضى القاعدة الخاصة بتبعية الكفالة للالتزام المكفول وذلك بان قرر بقاء الكفالة قائمة ، وبالتالي بقاء التزام الكفيل بتنفيذ الالتزام الاصلي ، أيا ما كان مصير هذا الالتزام .

ومعنى ذلك أنه إذا تمسك صاحب الشأن ببطلانه التزامه بسبب نقص اهليته ، ثم قضى له بالبطلان ، فان الكفيل يظل ملزما رغم ذلك بالوفاء ، بالدين المكفول ، للدائن .

غير أن هذا الحكم الخاص ، السابق ، مشروط في تطبيقه بشروط اوردتها المادة 777 من القانون المدني وهي :

أن يكون الالتزام الاصلي ناشئا عن عقد قابل للبطلان ، ولا يطبق النص بالتالي على أي حالة من حالات البطلان المطلق أيا ما كان سببه .

أن تكون القابلية للبطلان بسبب محدد هو نقص الاهلية ، وهو ما يتوافر في حالات الالتزامات التي يبرمها ناقص الاهلية وهو الصبي المميز والمحجور عليه لسلفه أو لغفلة .

أن يكون الكفيل قد كفل المدين بسبب نقص اهليته ، وهو ما يفترض علم الدائن والكفيل بنقص الاهلية هو الذي يبرر الحكم الخاص الوارد في المادة 777 من القانون المدني . فحيث يكفل شخص آخر بسبب نقص اهليته فان الكفالة تستهدف ، في هذه الحالة ، تأمين الدائن ضد احتمال تمسك المدين ، ناقص الاهلية ، بابطال العقد .

وهذا التحديد الأخير يقتضي عدم أعمال حكم المادة 777 من القانون المدني في كل حالة يثبت فيها أن الكفيل لم يقصد هذا المعنى ، إنما قصد فقط ضمان التنفيذ ما بقى الالتزام الاصلي قائما صحيحا .

وينبني على التحديدات السابقة أنه :

إذا كام الكفيل لا يعلم بنقص الاهلية فان الكفالة تصح ويجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع بالابطال سواء تمسك به المدين الاصلي أم لم يتمسك ، ذلك أن الكفيل ما كان يعلم بنقص الاهلية ، وبالتالي فحتى لو اجاز المدين الاصلي الالتزام فان الكفيل أن يتمسك بالابطال ، بحيث لا يجوز المدين الاصلي ، بالاجازة ، أن يسئ لمركز الكفيل .

إذا كان الكفيل يعلم بنقص الاهلية فان مركز الكفيل يستوي مع مركز المدين المكفول بحيث لا يستطيع ....

حيث يفترض نزوله عن ذلك حين ... على الكفالة عالم بنقص الاهلية .

<u>كفالة الالتزام الشرطي :</u>

تجوز الكفالة في الالتزام الشرطي (م 778 مدني) ، والشرط هو وصف في الالتزام لا يمس وجوده أو صحته ، فالالتزام المعلق على شرط هو التزام صحيح علق على الشرط نفاذه (الشرط الواقف) أو علق عليه استمرار وجوده (الشرط الفاسخ)

وفي جميع الحالات تدور الكفالة مع الالتزام المكفول في حكمه ، فإذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف كانت الكفاءة كذلك فاذا تحقق الشرط الواقف نفذ الالتزام الاصلي وكذلك التزام الكفيل . اما إذا تخلف الشرط الواقف فان الالتزام الاصلي يزول بأثر رجعي ، ويلقى معه ذات المصير التزام الكفيل .

وإذا كان الالتزام معلقا على شرط فاسخ ، فان الالتزام يكون موجودا ونافذا منذ نشأته ، غاية الامر أن مصيره معلق على تحقق الشرط أو تخلفه . فان تخلف الشرط أصبح الالتزام باتا وكذلك التزام الكفيل . اما إذا تحقق الشرط

الفسخ فان الالتزام المكفول يزول وتزول معه الكفالة ويصبح كل منهما كأن لم يكن

كفالة الالتزام المستقبل :

نصت المادة 778 من القانون المدني على أنه :

" 1- تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما الدين المكفول. "

" 2- على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة فان له في أي وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكلف لم ينشأ "

والالتزام المستقبل هو التزام لم ينشأ بعد ، ومن صوره الواضحة فتح اعتماد لدى أحد البنوك ، حيث يتصور أن يقدم العميل الذي فتح له الاعتماد شخصا يكفله لدى البنك ليضمن المبالغ التي سوف يقبضها العميل مستقبلا من هذا الاعتماد . ففي مثل هذا الفرض تنشأ الكفالة قبل أن تنشأ المديونية بالفعل .

وتنصرف الكفالة ، كما هو واضح في المثل السابق ، إلى ما سوف ينشأ من مديونية مستقبلا ، وقد أجازت المادة (778 من القانون المدني) مثل هذه الكفالة ولكنها ولاعتبارات تتقيد بقيدين .

القيد الأول : مقتضاه أن يتحدد قدر الدين المستقبل الذي سترد عليه الكفالة . فاذا لم يتحدد هذا القدر وقعت الكفالة باطلة . والهدف من هذا الحكم هو حماية من يقدم على كفالة غيره من أن يتورط بضمان الوفاء بديون لم توجد بعد ولم يتحدد قدرها .

القيد الثاني : وهو قيد مفهوم من النص (م 778 مدني) ومن مقتضاه أنه إذا لم تحدد الكفالة مدة معينة ، كان للكفيل أن يرجع عنها مادام الدين لم ينشأ بعد .

ومفاد هذا الحكم أن الكفيل إذا حدد مدة معينة للنشوء الدين ظل على التزامه طوال هذه المدة ، والتزم بضمان الوفاء بالديون التي تنشأ خلالها .

اما إذا لم يحدد أجلا ، فان له أن يتخلص من كفالته مادام الدين لم ينشأ بعد ، اما إذا نشأ الدين فانه يلتزم بضمان الوفاء به ولا يحق له الرجوع عن الكفالة

المطلب الثاني

أن يكون الالتزام المكفول التزاما مدنيا

(وليس التزاما طبيعيا)

الاصل أن الكفالة تصح في الالتزام المدني ، اي الالتزام بالمعنى الفني الكامل والذي يتوافر له عنصرا المديونية والمسئولية . ولذلك ثارت مشكلة حول تجويز كفالة الالتزام الطبيعي . وهو الالتزام الذي يتوافر فيه عنصر المديونية ولا يتوافر له عنصر المسئولية (اي الاجبار على الوفاء)

وفي المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي كان هناك نصان متعارضين في هذا الشأن . الأول هو نص م 135 مكرر التي كانت تجري على أنه : " تجوز كفالة الالتزام الطبيعي ، مادام غير مخالف للنظام العام أو الاداب " . والنص الثاني كانت تتضمنه الفقرة الثانية من المادة 378 من المشروع وكانت تذهب إلى انه : " لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية "

غير أن لجنة المراجعة حذفت حكم كفالة الالتزام الطبيعي وتركت أمره للقواعد العامة .

ويرى جانب كبير من الفقه في مصر وفي فرنسا أنه تجوز كفالة الالتزام الطبيعي ، غير أن التزام الكفيل في هذه الحالة يكون بدوره التزاما طبيعيا لا جبر على الوفاء به . وبالتالي فان هذه الكفالة لا ترتب في ذمة المدين اي التزام مدني ، لأنها لو رتبت التزاما مدنيا لكان في ذلك من ناحية مخالفة للقاعدة التي تحظر أن يكون التزام الكفيل اشد من التزام المدين الاصلي ، ومن ناحية ثانية حتى لا يكون في مثل هذا الحكم – لو اجيز – وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي بان يجبر الكفيل على الوفاء فيكون من حقه الرجوع على المدين المكفول جبرا وهو ما يخالف معنى الالتزام

الطبيعي وحكمه . ولذلك فانه لو حدث أن اوفى الكفيل في التزام طبيعي بالدين فانه لا يستطيع أن يرجع على المدين الاصلي للاستيفاء جبرا عنه .

غير أن المدين الاصلي بالتزام طبيعي قد يتقدم باختياره بتقديم كفيل للوفاء بديونه ويتعين أن نعطي لهذه المبادرة معناها القانوني الصحيح ، والاغلب أن المدين يقصد بها أن يتعهد بالوفاء بالالتزام رغم أنه التزام طبيعي وانه يضفي عليه بالتالي عنصر المسئولية المفتقدة ويحوله بها إلى التزام مدني . وفي هذه الحالة تصح الكفالة باعتبارها منشئة لالتزام مدني . واخيرا قد يتقدم شخص تحت مسمى الكفالة بالتعهد بالوفاء بالالتزام الطبيعي القائم في ذمة المدين ، وقد يفهم من عبارات هذا التعهد أن صاحبه يقصد من ورائه قيام التزام أصلي في ذمته ، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد التزام تبعي (كفالة) انما نكون بصدد تعهد عن الغير .

المطلب الثالث

أن يكون الالتزام الاصلي معينا أو قابلا للتعيين

لم يرد في نصوص القانون المدني نص خاص بشرط تحديد محل الكفالة ، غير أن هذا الشرط تقتضيه القواعد العامة ومن مقتضاه تعيين الالتزام المكفول تعيينا تاما ، أو على الاقل أن يكون قابلا للتعيين . ويتعين الالتزام المكفول بتحديد اطرافه ومحله ومصدره .

فمن حيث الأطراف يجب أن يعين الدائن والكفيل ، ولذلك فتجهيل الدائن أو عدم تعيينه ينفي وجود الكفالة بالمعنى القانوني السليم . ومن أمثلة عدم التعيين في هذا المقام أن يتعهد الشخص للمدين بأن يكفله لدى من يقرضه مبلغا من المال ، فمثل هذا الاتفاق لا يعد كفالة ، وان جاز أن يعطي وصفه الصحيح الآخر وهو انه تعهد لمصلحة المدين ينطوي على اشتراط لمصلحة الغير . وفي هذه الحالة يتعين الدائن في وقت لاحق عندما تنشأ المديونية ، فاذا تعين وقبل الاشتراط الذي عقده المدين لمصلحته نشأ له حق مباشر قبل الكفيل .

اما من حيث محل الالتزام المكفول فان تعيينه يكون بتحديد قدر المديونية التي يكفلها الكفيل ، وقد يكون هذا التحديد قائما ونهائيا وقت الاتفاق على الكفالة ، ولكن الفروض ما لا يكون قد المديونية فيها محددا مسبقا وفي هذه الحالة يجب أن يكون القدر قابلا للتعيين على الاقل ، بأن يتحدد لها حد

اقصى معين . لذلك فان الكفالة قد تكون من هذه الزاوية محددة وقد تكون غير محددة . ومن أمثلة الكفالات غير المحددة كفالة ما يسفر عنه حساب جار أو كفالة ما يستحق من تعويض قد ينشأ عن حادث معين ، وهي أمور جائزة طالما كانت لها حدودا قصوى قدرا وزمانا .

اما من حيث المصدر فان شرط التعيين يقتضي تحديد منشأ الالتزام عقد كان ام حسابا بنكيا ام فعلا ضارا .. الخ .

المبحث الثاني

سبب الكفالة

تعقد الكفالة عادة لمصلحة المدين ، حيث يلتزم الكفيل بالضمان لا تبرعا للدائن انما سعيا لمصلحة يحققها للمدين وهذه المصلحة قد تكون الحصول على قرض ابتداء أو زيادة المديونية أو مد أجل الوفاء . يضاف إلى ذلك أن هناك حالات للكفالة الماجورة كما هو الحال في المعاملات البنكية . وإذا بحثنا في سبب الكفالة فاننا نميز – عودة إلى القواعد العامة – بين السبب بالمعنى الفني والدوافع الشخصية[1] . فالدافع إلى تقدم الكفيل قد تكون صلة قرابة أو صداقة ، وهي امور لا اثر لها هنا ويتعين استبعادها . اما السبب بالمعنى الفني القانوني فان الكشف عنه يتأثر بثلاثية العلاقات الناشئة عن الكفالة : علاقة الكفيل بالمدين ، علاقة المدين بالدائن ، علاقة الدائن بالكفيل . وهنا يتحدد السبب على احد مستويين :

الأول : يتمثل فيه سبب التزام الكفيل في علاقته بالمدين ، فالاول يلتزم بالكفالة لكي يؤدي له خدمة هي الحصول على القرض ابتداء ، أو حصول الكفيل ذاته على مقابل مالي في الكفالة بأجر .

الثاني : يتمثل فيه سبب التزام الكفيل في علاقة المدين بالدائن ، والسبب هنا هو الائتمان الممنوح ، فالكفيل يتعاقد لكي يهيئ للمدين سبيل الحصول على الائتمان المطلوب .

---

(1) قد يكون الدافع تأثير إذا دخل إلى منطقة العقد وتمثل في شروط تم إدراجها فيه .

وعلى العكس فان روابط الصداقة أو الروابط العائلية أو روابط المعاملات القائمة بين الكفيل والمدين ليست إلا دوافع بعيدة عن الدائن وغريبة عليه ولا شأن لها بالسبب[1] . (ما لم تدخل في منطقة العقد في صورة شروط ثابتة فيه) . وفي هذا المعنى الاخير قضت محكمة النقض الفرنسية أن سبب الالتزام في الكفالة هو السبب الماخوذ في اعتبار كل من الدائن والمدين . وفي هذه الدعوى كان الكفيل قد تمسك ببطلان كفالته باعتبار أنه كفل احدى الشركات على أساس انه مساهم فيها يملك الاغلبية ، اما وقد تغير حالة إلى صاحب اقلية فان سبب الكفالة يعتبر قد اختفي . وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا المنطق على أساس أن صفة الاغلبية والاقلية لم تكن سببا مأخوذا في الاعتبار من جانب كل من الدائن والمدين[2]. ويدعم هذا الاتجاه ما قضى به أيضا من أن السبب في الالتزام يتحدد لحظة إبرام العقد ، فاذا كان الكفيل قد التزم دون أن يحدد التزامه مشروطا ببقاء علاقة معينة مع المدين الاصلي فانه لا يستطيع أن يتخلص من كفالة في حالة زوال تلك العلاقة . ولذلك فلا يجدي الكفيل الذي كان يشغل منصب مدير الشركة أن يتخلص من التزامه بالكفالة بحجة زوال منصبه[3] ، كما لا يجدي احد الزوجين أن يتخلص من كفالته للاخر التي ابرمها اثناء الزواج بحجة حدوث طلاق لاحق[4] .

الفصل الثالث
اثار الكفالة

تقوم الكفالة بين الدائن والكفيل ، لذلك كانت اهم الاثار هي تلك الناتجة بينهما استنادا إلى عقد الكفالة . وبمقتضى هذا العقد يحق للدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين ، وفي الحدود التي رسمها العقد ، ووفقا للضوابط القانونية التي تحكم الكفالة . ومن ذلك أن للكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن ببعض الدفوع التي يستمدها من عقد الكفالة ذاته أو من الالتزام الاصلي أو من طبيعة تبعية التزامه .

---

(1) مع ملاحظة انه في الكفالة التبرعية يبطل الالتزام إذا كان الباعث غير مشروع كما أن يكفل خليلته لدى احد المتاجر بدافع استمرار علاقته غير المشروعة .

(2) نقض فرنسي تجاري في 8 نوفمبر 1972 ، دالوز 1973 – 753 والتعليق .

(3) نقض فرنسي تجاري 16 فبراير 1977 الاسبوع القانوني ، 1979 -2- 19154 والتعليق .

(4) نقض فرنسي 24 يونيو 1969 الاسبوع القانوني 1970 -2-16221 والتعليق .

ومن ناحية اخرى تترتب بعض الالتزامات على قيام الكفيل بالوفاء للدائن بحقه . ومن هنا تنشأ أيضا علاقة بين الكفيل والمدين الاصلي ، هي علاقة رجوع الأول على الثاني بما أوفاه ، وهذه العلاقة الاخيرة لا تنشأ عن عقد الكفالة ذاته وان كانت تتصل به على قدر من الوثوق الحتمي .

ومن ناحية ثالثة فقد يتعدد الكفلاء فيقتضي هذا الامر دراسة علاقة الكفلاء فيما بينهم وقد يكون للكفيل كفيل بدوره ويسمى الاخير المصدق ، مما يقتضي عرض الحقوق والواجبات الناشئة في مثل هذه الفروض . كما أن الكفيل قد يكون متضامنا مع المدين فيختلف مركزه القانوني عن مركز الكفيل غير المتضامن . واخيرا قد تكون الكفالة عينية بمعنى أن الكفيل لا يضمن الدين في ذمته بصفة شخصية وانما يقدم مالا من امواله ضمانا للوفاء بالدين وفي حدود هذا المال فقط . ولذلك نعرض فيما يلي للمسائل السابقة ، علاقة الدائن بالكفيل علاقة الكفيل بالمدين ، علاقة الكفلاء فيما بينهم وحكم الكفالة التضامنية ، الكفيل العيني .

المبحث الأول

علاقة الدائن بالكفيل

مطالبة الدائن الكفيل وحق الكفيل في التمسك بالدفوع :

يلتزم الكفيل وفقا لكفالته بالوفاء بالدين عندما يتخلف المدين عن اداء ما في ذمته . وهذا هو جوهر نظام الكفالة ومبناه . والتزام الكفيل هو كما سبق القول التزام تابع للالتزام الاصلي القائم في ذمة المدين ، ولذلك كان من المنطقى إلا يسأل الكفيل عن الوفاء إلا بعد اتخاذ إجراءات ضد المدين الاصلي بقصد الحصول على حق منه ، ومن هنا قام نظام الكفالة على اعطاء الكفيل مجموعة من الدفوع ، بعضها مستمد من الالتزام الاصلي باعتبار أن التزام الكفيل هو التزام تابع له ، وبعضها الآخر قد يستمد من عقد الكفالة ذاتها والالتزام الناشئ عنه فيحكم وصف التبعية الذي يلحق بالتزام الكفيل تتوافر للكفيل مجموعة من الدفوع تستهدف استبعاد أو تعطيل مطالبة الدائن له مؤقتا أو تحديد هذه المطالبة أو انقضائها كليا أو جزئيا بسبب يرجع إلى خطأ الدائن أو اهماله . فلا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل إلا بعد مطالبة المدين الاصلي فاذا خالف الدائن هذا الترتيب كان للكفيل أن يدفع في مواجهته بعدم جواز مطالبته بصفة مستقلة إلا بعد مطالبة المدين كما أن له أن يتمسك بالدفوع التي تقررت

للمدين الاصلي . كما يجوز للكفيل أن يدفع التنفيذ على امواله بضرورة التنفيذ على اموال المدين وثبوت عدم كفايتها للوفاء بالدين ، وهو ما يسمى الدفع بالتجريد . كما أن للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا اثبت اهمال الدائن وتأخره في المطالبة بدينه مما الحق الضرر بالكفيل ، مثلا تأخره في التقدم إلى تفليسة المدين ، أو تسببه في اضاعة لتأمينات .

ففي جميع هذه الحالات الاخيرة تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما سببه له الدائن من ضرر مالي . وإذا تعدد الكفلاء استفاد الكفيل من ميزة تقسيم الدين بينه وبين غيره مما يخفف من عبء مسئوليته المالية .

اما استنادا إلى عقد الكفالة ذاته فان للكفيل أن يتمسك بالدفوع المتعلقة بالتزامه كما لو توافر له سبب من اسباب البطلان المطلق أو النسبي[1] .

ونعرض فيما يلي لمطالبة الدائن للكفيل ودفوع هذا الاخير في مواجهتها .

المطلب الأول

مطالبة الدائن للكفيل

من حق الدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالدين . فاذا كانت المديونية ثابتة بسند رسمي ، فان ذلك يكون في ذاته سندا تنفيذيا لاقتضاء الدين فان لم تكن المديونية ثابتة على النحو قام الدائن برفع دعوى قضائية للحصول على سند تنفيذي ضد المدين ، غير أن رفع الدعوى على الكفيل لمطالبته بالدين مشروط بشرطين رئيسيين هما :

أ- شرط حلول الاجل بالنسبة للكفيل .

ب- وشرط أن يكون الدائن قد سبق بمطالبة المدين الاصلي أو على الاقل أن يطالب الاثنين في وقت واحد ونعرض لكل من هذين الشرطين فيما يلي :

<u>أ- حلول الأجل :</u>

---

(1) مع ملاحظة الحكم الخاص بالبطلان النسبي بسبب نقص اهلية إذا كانت الكفالة لهذا السبب .

يشترط لقيام الدائن بمطالبة الكفيل أن يكون الاجل قد حل . ولا يخل الأمر من احد احتمالين : الأول أن يكون الالتزام الكفيل أجل مستقل خاص بالكفالة . فقد يشترط الكفيل عدم مطالبته قبل حلول اجل معين . وفي هذه الحالة يتعين على الدائن النزول عند هذا الاجل واحترامه الاحتمال الثاني إلا يكون هناك اجل مستقل خاص بالكفالة وفي هذه الحالة يعتبر الكفيل ملتزما عند حلول اجل المديونية بالنسبة للمدين وقعوده عن الوفاء .

ولكن الاجل الممنوح للمدين قد يسقط بأحد مسقطاته القانونية وهي افلاس المدين أو قيامه بإضعاف التامينات أو إعساره . وفي هذه الحالة يكون التساؤل حول اثر ذلك على موقف الكفيل ، وهل يتساوى مركز المدين بحكم رابطة التبعية القائمة بين التزاميهما ، ام يحدث تفاوت بين مركزيهما ؟

الراجح في هذه المسألة أن سقوط الاجل على النحو المشار إليه هو أمر خاص بالمدين . وعلى هذا النحو فإذا سقط الأجل بالنسبة للمدين جاز للدائن أن يطالبه بالدين فورا ، ولكن لا يجوز للدائن أن يوجه أية مطالبة للكفيل عند حلول الأجل الأصلي . ويؤكد هذا المعنى نص (م 221 من القانون التجاري) التي تفيد انه في حالة افلاس المدين فان اجل الدين لا يحل إلا بالنسبة للمفلس . كذلك ما نصت عليه (المادة 786 مدني) من أنه إذا افلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما اصاب هذا الاخير من ضرر بسبب اهمال الدائن وهي تفيد عدم مسئولية الكفيل عما ينشأ عن اهمال الدائن وخطئه بصفة عامة ويقاس على هذا الحكم – من باب اولى – حالة تنازل المدين عن الاجل الممنوح له إذا لا يجوز أن يضار الكفيل بهذا التنازل وتبقى التزاماته معلقة على الاجل المضروب اصلا .

وعلى الجانب الآخر يستفيد الكفيل من مد الاجل أو نظرة الميسرة التي تمنح للمدين . كما يتصور من حيث المبدأ أن يكون التزام الكفيل الاصلي مضافا إلى اجل أوسع من ذلك الاجل الممنوح للمدين . وفي هذه الحالات يستقل موقف الكفيل – بالنسبة للاجل – عن موقف المدين . وتجوز مطالبة كل منهما وفقا للأجل الخاص به استقلالا .

غير أن للكفيل في حالة مد الاجل أو نظرة الميسرة القضائية ، أن يعترض على هذا الامر ، إذ قد يمثل ذلك خطورة على مصالحه إزاء الاحتمالات المستقبلية التي قد تبدو في الافق منذره باعسار المدين . ولهذا

السبب يجوز الكفيل أن يضرب عرض الحائط بمد الاجل وان يلزم الدائن بقبول الوفاء في الميعاد المحدد اصلا للوفاء .

وحاصل هذا التحديد الاخير أن مد الاجل اتفاقا أو قضاء لا يفرض على الكفيل ، وله – أن شاء – أن يستفيد به أو أن يصر على الوفاء في الموعد الاصلي .

المطلب الثاني

حق الكفيل في التمسك بالدفوع الخاصة بالمدين

تنص المادة (782 مدني) على أن : تبرأ ذمة الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الاوجه التي يحتج بها على المدين . " 2- على انه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص اهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه "

تفيد الفقرة الاولى من نص المادة السالف ذكرها أن للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بكافة الدفوع التي تكون للمدين الاصلي . ويقوم هذا الحكم على فكرة التبعية التي تربط بين التزام المدين باعتباره الالتزام الاصلي والتزام الكفيل باعتباره الالتزام التابع ، وتلك الصلة تجعل من الالتزام التابع دائرا مع الالتزام المتبوع في نشأته وفي انقضائه . وعلى ذلك فاذا كان التزام المدين باطلا بطلانا مطلقا جاز للكفيل أن يتمسك بهذا البطلان . وإذا كان الالتزام المذكور قابلا للبطلان كان للكفيل التمسك بالابطال ايضا (فيما عدا التحفظ الوارد في الفقرة 2 من المادة 782 مدني والخاص بنقص الاهلية) . وكذلك الحال لو اوفى المدين أو انقضى التزامه باي سبب من اسباب انقضاء الالتزام القانونية . ويلاحظ أن تمسك الكفيل بأوجه الدفوع المشار اليها هو تمسك يرد على التزام الكفيل نفسه وليس على التزام المدين ، ومعنى ذلك انه يتمسك بتلك الدفوع باسمه هو شخصيا وليس باسم المدين ، وان الدفوع هي دفوع ضد التزام الكفيل وليس ضد التزام المدين الاصلي .

وينبني على هذا المنطق الاخير نتيجة هامة واساسية وهي أن تبقى للمدين مكنات التمسك بالدفوع المشار اليها حتى ولو نزل عنها المدين ، اي أن المدين عندما ينزل عنها انما يكون نزوله منصرفا إلى التزامه كمدين وبالتالي يبقى الدفع قائما للكفيل أن يتمسك به مستمدا من التزامه التبعي . والكفيل استنادا

إلى هذا المنطق أن يتدخل في كل دعوى قائمة بين الدائن والمدين تدور حول الالتزام الاصلي . فاذا وجد ما يهدد مصالحه كان له أن يبدي حقوقه ودفوعه حماية لمصالحه وتفاديا لأي غش أو تواطؤ يجري بين الدائن ويكون من شأنه الإضرار بمصلحته . ومن قبيل ذلك أن يتدخل الكفيل في الدعوى المشار إليها ليتمسك بسقوط الالتزام الاصلي بالتقادم المستوفي لمدته وشروطه[1] ، (وله بطبيعة الحال أن يرفع بذلك دعوى مبتدأه). ويتحقق ذات الغرض في اي حالة اخرى كحالة قابلية الالتزام الاصلي للبطلان لنقص في الاهلية أو لعيب من عيوب الرضا ، أو حالة من حالات البطلان المطلق كعدم مشروعية السبب أو انعدام الرضاء أو تخلف الشكل أو تخلف شرط من شروط المحل . أو حالة توافر سبب من اسباب الانقضاء كما سبقت الإشارة .

ويلاحظ اخيرا انه قد يتوافر فرض ينقضي فيه الالتزام الاصلي ومع ذلك يظل الكفيل ملتزما بالضمان مع شيء من التعديل ، ومن قبيل ذلك أن ينقضي الالتزام الاصلي لاستحالة التنفيذ ، فاذا كانت الاستحالة بغير خطأ من المدين انقضى الالتزام الاصلي ومعه الالتزام التبعي للكفيل اما إذا كانت استحالة التنفيذ بخطأ المدين ، فان هذا الاخير يصبح مسئولا عن تعويض الدائن ويظل التزاما للكفيل قائما ضمانا لهذا التعويض .

حق الكفيل في التمسك بالدفوع الناشئة عن عقد

المطلب الثالث

الكفالة

للكفيل أن يتسمك بالدفوع المتعلقة بالتزامه بصفته كفيلا ، وهي دفوع تنشأ عن عقد الكفالة ذاته ، ويتوقف وجودها على مدى صحة هذا العقد . وذلك يتدرج تحت هذا البند كل ما يتعلق ببطلان عقد الكفالة أو انقضاء الالتزام الناشئ عنه . وعلى عكس الدفوع السابق ذكرها في الفقرة السابقة فان دفوع عقد الكفالة هي دفوع خاصة بالكفيل شخصية وليست متعلقة بالمدين .

---

(1) ويلاحظ أنه إذا كان اجل التزام الكفيل ابعد من اجل الالتزام الاصلي وانقضى هذا الأخير بالتقادم المسقط دون أن تكتمل مدة تقادم التزام الكفيل فان ذمة الكفيل تبرأ ، وله أن يتمسك بذلك استنادا إلى مفهوم التبعية الذي يربط بين الالتزام الاصلي والالتزام التابع وجودا وبقاءاً .

وتطبيقا لما سبق للكفيل أن يتمسك ببطلان كفالته بطلانا مطلقا لأحد أسباب هذا البطلان المتعلقة بالرضاء أو بالمحل أو بالسبب سواء في وجود احد هذه الاركان أو في مخالفته للنظام العام أو الاداب العامة . كما أن للكفيل أن يتمسك بأي وجه من وجوه البطلان النسبي لنقص الاهلية أو توفر عيب من عيوب الإرادة . كذلك الحال لو توافر للكفالة سبب من اسباب انقضاء الالتزام الناشئ عنها كانقضاء التزام الكفيل بالمقاصة أو باتحاد الذمة .. الخ .

ومن ناحية اخرى فإن التزام الكفيل قد يكون موصوفا كان يكون مضافا إلى اجل خاص به أو معلقا على شرط مستقل عن شروط الالتزام الاصلي وله في هذه الحالات أن يتمسك بكل ذلك .

وكما اشرنا تعتبر هذه الدفوع السابقة ناشئة عن عقد الكفالة غير أن هناك دفوعا اخرى تتعلق بعلاقة الدائن والكفيل وتستند إلى طبيعة التزام الكفيل بوصفه التزاما تابعا ، اي أن اعمال مقتضاها لا يتأتي إلا في المرتبة الثانية بعد استنفاذ وسائل الحصول على الدين من المدين الاصلي وقيام الدائن باداء واجبه في هذا الصدد دون قعود ..... أو اهمال يضر بالكفيل . وتتمثل هذه الدفوع في :

- الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل بصفة مستقلة إلا بعد مطالبة المدين .
- الدفع بتأخر الدائن في المطالبة على نحو أضر بالكفيل .
- الدفع بالامتناع عن الوفاء حتى يتسلم الكفيل مستندات الدين
- الدفع باضاعة التأمينات
- الدفع بالتجريد

ونعرض لكل من هذه الدفوع فيما يلي :

البند الأول

الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين

تنص (المادة 788 مدني) فقرة اولى على انه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين . وهذا النص يبنى على قيد منطقى قائم على فكرة الكفالة ذاتها باعتبارها تنشئ التزاما تابعا وان وظيفتها

هي ضمان الوفاء بالدين إذا لم يف بـه المدين . والنص المذكور يضع بالتالي قيدا على حق الدائن في مطالبة الكفيل قبل أن يطالب المدين ، فان خالف هذا الحكم اضحت دعواه غير مقبولة امام القضاء لتخلف شرط قبول الدعوى نزولا على (المادة 1/788 مدني) ، وهو دفع موضوعي ويجوز ، بالتالي ، ابداؤه امام محكمة الاستئناف لأول مرة (م 115 مرافعات) . ويترتب على القضاء بعدم القبول على النحو السابق أن دعوى الدائن قبل الكفيل اصبحت غير مقبولة بحالتها الراهنة ، بمعنى انه يتعين عليه أن يطالب المدين اولا . فان استوفى هذا القيد جاز له وقت لاحق – أو معاصر – أن يرفع دعوى المطالبة ضد الكفيل مرة أخرى ، دون أن يحتج عليه بعدم قبول هذه الدعوى الاخيرة لسابقة الفصل فيها لان القضاء بعدم قبولها في المرة الاولى كان بناء على دفع موضوع بعدم القبول دون التعرض لموضوع الدعوى .

ويلاحظ أن هذا الدفع الذي نعرض له شرع لحماية الكفيل ، ولذلك يجوز له أن يتنازل عنه صراحة أو ضمنا ، فهو غير متعلق بالنظام العام ، فاذا سكت الكفيل مثلا عن التمسك به عند مطالبته بالوفاء ، اعتبر ذلك نزولا ضمنيا من جانبه عن حقه في الدفع . وقد ثار التساؤل في هذه الخصوصية حول حق المحكمة في حالة سكوت الكفيل في أن تتصدى للامر وتقضي بعدم جواز مطالبة الكفيل ام أنه يمتنع عليها هذا التصدي بحكم أن صاحب الحق في الدفع قد تنازل عنه .

يبدو أن منطق الامور يمنع المحكمة من أن تقضي بعدم القبول في حالة سكوت الكفيل وذلك على اعتبار أن الامر متعلق بمصلحة خاصة تنازل عنها صاحبها وهو الكفيل وهي مصلحة لا شأن لها بالنظام العام .

غير أن رأيا اخر يرى أنه يجوز للمحكمة أن تتصدى من نفسها وتقضي بعدم قبول الدعوى لعدم سبق مطالبة المدين . ويستند هذا إلى مقارنة نص الفقرة الاولى من (المادة 788 مدني) بنص الفقرة الثانية من ذات المادة والمتعلقة بالدفع بالتجريد . فالفقرة الثانية من ذات المادة المذكورة والخاصة بالدفع بالتجريد اوجبت على الكفيل أن يتمسك به " ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق " . في حين أن الفقرة الاولى حين تعرضت للدفع بسبق مطالبة المدين لم توجب على الكفيل أن يتمسك بذلك وهو ما يفيد – من مقارنة الفقرتين – أن للمحكمة في الدفع بسبق المطالبة أن تتعرض له وان تقضي به من تلقاء نفسها فالمشرع اوجب التمسك في الفقرة الثانية واسقطه في

الفقرة الاولى . وبالتالي فارادة المشرع واضحة من هذه المقارنة فلا يبقى إلا التسليم بالمعنى المذكور بالرغم مما يرد عليه من نقد[1] .

ورغم وجاهة هذا الرأي فأننا مع ذلك نفضل الرأي الأول لما بني عليه من اسباب اهمها أن سبق المطالبة تقرر لحماية مصلحة خاصة بالكفيل فلا يجوز للمحكمة أن نعرض للأمر رغم التنازل عنه خاصة وان الكفيل قد يتنازل عن الدفع صراحة ويقبل المطالبة ويقبل الوفاء . والتنازل الصريح كالتنازل الضمني في شأن تقييد سلطة المحكمة في عدم التصدي للأمر من نفسها . يضاف إلى ذلك أن الرأي الثاني الذي ننقده قائم على تفسير بمفهوم المخالفة وهو اسلوب في التفسير محفوف بالمحاذير في كثير من الاحيان[2] .

المقصود بسبق مطالبة المدين :

لم يكن القانون المدني القديم يشترط لمطالبة الكفيل سبق مطالبة المدين . إذ كان يجوز للدائن أن يطالب الكفيل مباشرة بمجرد حلول اجل الوفاء دون وفاء الدين ، بل لم يكن الدائن ملزما بانذار المدين أو التنبيه عليه بالوفاء . وقد ادى هذا الوضع – في ظل القانون المدني القديم – إلى اعطاء الدائن مكنة الاختيار المبتدأ في شأن اسلوب اقتضاء دينه . فله أن يطالب الكفيل ابتداء ، أو أن يطالب المدين أولا ، أو أن يطالبها معا ، دون ما قيد أو شرط يتعلق بترتيب المطالبة . وقد كان القيد الاساسي هو في مرحلة التنفيذ ، إذ كان يتعين تجريد المدين اولا من امواله إذا ما تمسك الكفيل بهذا الدفع .

وقد كان تخلف قيد وجوب مطالبة المدين اولا راجعا إلى فكرة قديمة تخلط بين الكفالة والتضامن وتعتبر أن الكفيل هو في حكم المدين المتضامن ، وبالتالي ، واستنادا إلى هذا المفهوم كان للدائن أن يختار ، كما يشاء ، بايهما يبدأ المطالبة : المدين أو الكفيل ، دون اي دفوع توجه إليه في شأن ترتيب هذه المطالبة . غير أن هذا الخلط قد انتفى تماما مع أحكام القانون المدني الحالي ، حيث ميز هذا القانون بين الكفيل العادي والكفيل المتضامن بنصوص واضحة

(1) يراجع في هذا الرأي استتاذنا الدكتور سليمان مرقص ، عقد الكفالة 1959 رقم 64 .
(2) راجع في الرأي الذي يأخذ به استاذنا الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، التامينات الشخصية والعينية 1954 رقم 77 .

(مواد 793 وما بعدها) . وبالتالي كان نص (المادة 1/788) واضحا في ضرورة سبق مطالبة المدين .

والمقصود بضرورة مطالبة المدين اولا هو رفع الدعوى القضائية اي المطالبة القضائية بالمعنى الفني المقصود في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، والتي تستهدف الحصول على حكم بالمديونية مستنفذا لطرق الطعن العادية ، حتى يكون سندا تنفيذيا يجوز التنفيذ بمقتضاه[1] ولا يكفي – بالتالي – في هذا المقام مجرد التنبيه على المدين أو اعذاره بالوفاء . وكما سبق أن اشرنا فان شرط ضرورة مطالبة المدين لا تمنع الدائن من أن يوجه المطالبة إلى كل من المدين والكفيل في أن واحد .

ويلاحظ من ناحية اخرى أن هناك تحفظا يرد على مسألة ضرورة رجوع الكفيل على المدين اولا ، هو تحفظ يتعلق بحالة اشهار افلاس المدين التاجر ففي هذه الحالة يمنع القانون اتخاذ إجراءات فردية ضد المدين المفلس ويلزم الدائنين بالدخول في تفليسة المدين . ولما كانت المطالبة القضائية هي اجراء فردي فانها تضحى في حالة الافلاس ممتنعة على الدائن ، مما يقتضي تغييرا في تطبيق الدفع الذي نعرض له . ففي حالة افلاس المدين يتعين على الدائن أن يتدخل في تفليسته اولا (م 786 مدني) فان فعل امتنع عليه المطالبة الفردية وجاز له أن يطالب الكفيل ابتداء . وهي نتيجة منطقية لامتناع الاجراءات الفردية في حالة الافلاس[2][3] .

شروط التمسك بوجوب سبق مطالبة المدين :

---

(1) ما لم يكن في يد الدائن سند تنفيذي اصلا وفي هذه الحالة يكفي انذار المدين بالوفاء كمقدمة لازمة لمطالبة الكفيل .

(2) لا تنطبق هذا التحفظ في حالة إعسار المدين غير التاجر حيث لا يحظر القانون اتخاذ إجراءات المطالبة الفردية .

(3) تستهدف قاعدة وقف الاجراءات الفردية اقامة المساواة بين الدائنين واخضاعهم لقسمة الغرماء حتى يحصل كل دائن على نصيب من اموال التفليسة دون أن يكون لاي واحد منهم التدخل والعمل لمصلحته الخاصة ، الافلاس : محمد سامي مدكور وعلي حسن يونس 1965 رقم 150 وما بعدها .

عرضت الاعمال التحضيرية (للمادة 788 مدني) الشروط التي يتعين توافرها لتمسك الكفيل بضرورة سبق مطالبة المدين . وتتحصل هذه الشروط في ثلاثة :

1- ألا يكون الكفيل قد تنازل عن هذا الدفع :

والتنازل قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا كما سبقت الإشارة . فالدفع في حقيقته حماية لمصلحة خاصة للكفيل له أن يتمسك بها وله أن يتنازل عنها . وقد يتضمن عقد الكفالة تنازلا مسبقا عن التمسك بالدفع المذكور .

2- ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين :

فلو أن عقد الكفالة تضمن أن الكفيل متضامن مع المدين فان (المادة 285 مدني) تصبح واجبة التطبيق فيما نصت عليه من أنه يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين "

ومبنى هذا الحكم أن الكفيل إذا قبل أن يكون متضامنا مع المدين فانه يفقد التزامه وصف التبعية للالتزام الاصلي حال كونه قد قبل أن يكون مدينا متضامنا مع المدين وليس ضامنا للوفاء عنه تخلف هو عن الوفاء .

3- أن تكون هناك جدوى من مطالبة المدين :

ذلك أن الدفع بضرورة سبق مطالبة المدين هو دفع قائم على منطق محدد هو أن موقع الكفيل يأتي في المرتبة الثانية بعد المدين الاصلي ، وبالتالي فقد تؤدي مطالبة المدين إلى قيامه بالوفاء بما في ذمته . فلا يكون هناك مجال للرجوع على الكفيل باعتباره ضامنا . اي أن الدفع قائم على احتمال جدوى مطالبة المدين ووفائها بالغرض المنوط بها . فاذا تبين تخلف هذه المعاني بأن ثبت أن المدين لا يملك شيئا يمكنه من الوفاء للدائن فان سبق الرجوع عليه يصبح عديم الجدوى ويكون للدائن أن يوجه المطالبة للكفيل ابتداء دون أن يحق للكفيل أن يدفع في مواجهته بضرورة سبق مطالبة المدين .

البند الثاني

الدفع بتأخر الدائن في المطالبة على نحو اضر بالكفيل :

الدائن هو صاحب الحق في المطالبة بدينه . والأصل أن لصاحب الحق أن يتخير الوقت الذي يراه مناسبا للمطالبة . غير انه في حالة وجود كفالة يتقيد حقه في الاختيار بما قد يكون من مصلحة للكفيل في أن يستوفي الدائن حقه في الوقت المناسب حتى يتخلص الكفيل من عبء التزامه التبعي بالضمان في حالة وفاء المدين – أو حتى يتمكن الكفيل – إذا قام هو بالوفاء – من الرجوع على المدين (أو على المتضامنين الاخرين أن وجدوا) في الوقت المناسب وقبل أن يفاجأ بافلاس أو اعساء قد يضيع عليه حقوقه . وقد كان القانون المدني القديم يراعي هذه المصلحة في جانب الكفيل فيخول له (وفقا للمواد 503 / 613 مدني قديم) أن يطالب المدين عند حلول اجل الدين ولو منح الدائن المدين اجلا جديدا ، ولم يبرئ الكفيل من كفالته ، بالوفاء بالدين وكان الهدف من ذلك الضغط على الدائن لإبراء الكفيل ، أو أن يقتضي من الدائن تأمينا عينيا اضافيا . ثم جاء القانون المدني الحال واستبدل بهذا الحكم حكما جديدا افردته (المادة 785) والتي جرت على أن " 1- لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تاخر في اتخاذ الاجراءات أو لمجرد انه لم يتخذها . 2- على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة اشهر من إنذار الكفيل الدائن ما لم يقم المدين للكفيل ضمانا كافيا .

وواضح أن النص لا يحمل الدائن مسئولية لمجرد التأخير في اتخاذ الاجراءات الخاصة بالمطالبة ، بل لابد لإعمال اية مسئولية أن يكون هذا التاخير قد كون خطأ ترتب عليه الإضرار بالكفيل . وفي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر .. ومن قبيل الاجراءات التي قد يتأخر الدائن في اتخاذها بما يضر بالكفيل قعوده مثلا عن فرض الحراسة على اموال المدين رغم توافر ما يستوجب ضرورة ذلك ، عدم اتخاذ إجراءات الحجز التحفظي ، .. فقد يترتب على مثل هذه الاعمال اعسار المدين أو زيادة اعساره بما فوت فرصة التنفيذ المجدي على امواله ، واضر بالتالي بمصلحة الكفيل . ويقدر القاضي موقف الدائن من حيث إثبات خطئه أو نفي هذا الخطأ أخذا بمعيار الرجل العادي اي رب الاسرة متوسط الحرص .

وعلى الكفيل أن يقيم الدليل على تاخر الدائن في اتخاذ الاجراءات وان يقم الدليل ايضا على مدى الضرر الذي لحق به نتيجة لذلك .. ومع ذلك فان للكفيل أن يسارع بوضع الدائن في موضع التقصير ويثبت عليه ذلك من خلال اجراء يتخذه في مواجهته . فقد اجازت الفقرة الثانية من المادة 785 مدني

للكفيل أن يوجه للدائن انذارا بضرورة اتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة شهور من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا . وفي هذه الحالة يكون الكفيل قد وضع الدائن في موضع التقصير وحمله مسئولية التأخير[1] .

ويعتبر الدفع الذي نعرض له من الدفوع الموضوعية . ومفاد ذلك أنه يجوز أن يبدي في اية حالة تكون عليها الدعوى والى ما قبل اقفال باب المرافعة في الاستئناف كما يسقط بابدائه حق التمسك بالدفوع الشكلية .

البند الثالث

الدفع بالامتناع عن الوفاء إلى حين تسلم المستندات .

تنص (المادة 1/787 مدني) على أن " يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع "

ويفصح هذا النص عن الالتزام وعن الهدف من تنفيذه فالكفيل حين يضطر إلى الوفاء بالدين فان من حقه أن يرجع على المدين بما دفعه . لذلك فمن مصلحته أن يتسلم من الدائن المستندات اللازمة لممارسة حقه في الرجوع . وقد ربط المشرع بين استيفاء الدائن لحقه وقيام خطأ الدائن بتسليم المستندات المشار إليها ربطا من شأنه أن للكفيل الحق في الامتناع عن الوفاء إذا لم يسلمه الدائن المستندات اللازمة . ويعتبر نص (المادة 1/787 مدني) والسالف ذكره تطبيقا لما ورد في (المادة 349 مدني) من أن " 1- لمن قام بوفاء جزء من الدين بحصول هذا الوفاء ، فاذا وفى الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو الغاءه ، فان كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند " . " 2- فاذا رفض الدائن القيما بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق ايداعا قضائيا "

وينبني على هذه الاحكام أن للكفيل أن يختار بين احد اسلوبين للحصول على المستندات من الدائن . الأول أن يتمسك بحقه في الدفع بعدم التنفيذ إلى أن يتسلم المستندات ، اي أن يمتنع عن الوفاء اصلا . والثاني أن يتخذ طريق

---

(1) يلاحظ ما سبق ذكره من وجوب تدخل الدائن في تفليسة المدين باعتباره اجراء يجب عليه اتخاذه وفقا للمادة 786 مدني والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما اصاب هذا الأخير من ضرر .

الايداع القضائي . ولا شك أن الاسلوب الأول هو الاكثر فائدة وفعالية بالنسبة للكفيل .

البند الرابع

الدفع باضاعة التأمينات

نصت المادة 784 مدني على أن : " 1- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات "

2-ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين مقرر بحكم القانون " .

ومؤدى هذا الحكم أن الدائن ملتزم بأن يحافظ على التأمينات التي تضمن الوفاء بالمديونية ، ذلك أن هذه الضمانات تحقق مصلحة مؤكدة للكفيل ، أو يستطيع هذا الأخير أن يحل في شأنها – إذا ما أوفى بالدين – محل الدائن وبما يحقق له ضمانات الرجوع بما أداه.

وعلى الدائن في التزامه بالمحافظة على التامينات في هذا الشأن أن يبذل ما يبذله الرجل العادي من عناية وحرص[1] . فإذا اهمل بما أدى إلى ضياع تأمين أو أكثر . كان مسئولا قبل الكفيل عما يترتب لهذا الأخير من ضرر . وتبرأ ذمة الكفيل قبل الدائن بقدر ما لحق الكفيل من أضرار .

ويلاحظ أن المعاني السابقة تعكس أن خطأ ارتكبه الدائن باضاعة التأمينات أو اضعافها مما استدعى أن يتحمل هؤلاء الكفيل نتيجة ما فعله . وتتم تسوية المشكلة بينهما بطريق المقاصة بين قدر التعويض المستحق للكفيل وقدر الدين الذي يطالب به الدائن .

---

(1) يضاف إلى ذلك ، بل هو من مقتضاه ، أن على الدائن أن يتخذ الاجراءات اللازمة لاستفادة الكفيل من التامين الخاص ، فلو أن محل التامين منقول مرهون رهن حيازة فان على الدائن أن يسلمه للكفيل فان كان التامين رهنا عقاريا وجب على الدائن اتخاذ إجراءات نقل هذا الرهن بمصروفات يدفعها الكفيل (ويعود بها فيما بعد على المدين) راجع المادة 787 مدني والتي تنص على أن " 1- يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات .. 2- فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل ..3- أما إذا كان الدين مضمونا بتامين عقاري ، فان الدائن يلتزم بان يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التامين ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين "

وهناك عدة شروط يتعين توافرها لكي يتمسك الكفيل بالدفع باضاعة التامينات تتمثل في :

- أن تكون هناك تأمينات خاصة ضامنة للدين (بالاضافة للكفالة طبعا)
- أن يضيع الدائن هذه التامينات كلها أو بعضها بخطأ عنه
- أن يترتب على هذا الأمر ضرر يلحق بالكفيل
- أن يتمسك الكفيل ببراءة ذمته .

الشرط الأول : أن تكون هناك تأمينات خاصة ضامنة للدين المكفول :

يفترض الدفع الذي نعرض له أن يكون الدين مضمونا – بالاضافة – إلى الكفالة – بتأمينات أخرى خاصة . والتأمين الخاص هو كل " تأمين يخصص لضمان الدين[1] . أما إذا كان حق الدائن غير مزود بأي ضمان خاص آخر سوى الكفالة ، بمعنى إذا كان الحق غير مضمون إلا بالضمان العام فان ذلك يصبح غير وارد . نقول يصبح غير وارد حتى ولو أهمل الدائن المحافظة على مفردات الضمان العام القائمة في ذمة المدين . ومن قبيل هذا الاهمال سكوت الدائن عن المطالبة حتى اعسار المدين أو عدم استخدام الدائن لحقوقه في حماية ضمانه العام كعدم رفع الدعوى البوليصية أو الدعوى غير المباشرة .

ففي مثل هذه الفروض لا توجد ضمانات خاصة يكون الدائن قد أضاعها . ومع ذلك يستطيع الكفيل أن يقاضي الدائن عن اهماله في اتخاذ إجراءات المطالبة وفقا (للمادة 785 مدني) والتي سلف عرضها ، والذي يترتب عليه براءة ذمة الكفيل بقدر ما لحق به من أضرار . وفي ظل القانون المدني القديم قام خلاف حول مسالتين . المسألة الاولى كانت تتعلق بنوع التأمينات التي ينطبق عليها الدفع فذهب رأي إلى أن الأمر يقتصر على التامينات الاتفاقية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي ولا يمتد إلى التامينات

---

(1) كفالة شخصية اخرى أو عينية ، رهن رسمي أو حيازي ، حق اختصاص ، حق امتياز ، حق حبس ، تضامن مع دين آخر .. الخ .

القانونيـة كحقـوق الامتيـاز فـي حـين ذهـب الـرأي الغـال إلـى أن الأمـر يتعلـق باضاعة أي تأمين اتفاقيا كان أو قانونيا .

أما المسألة الثانيـة : فكانـت تتعلق بمدى انصـراف الـدفع إلـى التامينـات التي تطرأ بعد انعقاد الكفالـة ، حيث اختلف فـي شـأنها الـرأي ، وتغلـب الـرأي القائـل بامتـداد الـدفع اليهـا دون أن يقتصـر علـى مـا كـان قائمـا مـن تأمينـات عنـد إبرام الكفالة .

وقد جاء القانون المدني الحالي واخذ بالرأيين الغالبين في (نص المـادة 2/784 مدني) حيث نصت على أن : " يقصـد بالضـمانات فـي هذه المـادة كـل تأمين يخصص لضمان الدين ولـو تقرر بعد الكفالـة ، وكـل تـأمين مقرر بحكم القانون " .

وبذلك يكون المشرع قد قضـى علـى مظـاهر الخـلاف التـي كانـت قائمـة خاصة وان " يقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين مقرر بحكم القانون "

وبذلك يكون المشرع قد قضـى علـى مظـاهر الخـلاف التـي كانـت قائمـة خاصة وان " مبنى الدفع فكرة الحلول العيني ، وان الكفيل يحل محل الدائن في التامينات التي تتقرر بعد الكفالة وضياعها بخطئه يحرمه من ذلك الحلول "[1]

الشرط الثاني : اضاعة التامين الخاص بخطأ الدائن :

لابد أن يقوم الدليل على أن ضـياع التـأمين بخطـأ الـدائن ومعنـى هذا أن مجرد ضياع التامين لا يكفي في ذاته ، بل لابد من اثبات مسئولية الدائن عن هذا الضـياع . ويترتـب علـى ذلـك انـه لا مسـئولية علـى الـدائن إذا ثبـت ضـياع التأمين بسبب أجنبي لا يد له فيه ، أو أن ضياع التأمين كان بخطأ الكفيل نفسه .

ومـن تطبيقـات خطـأ الـدائن ، قيامـه بـابراء احد الكفـلاء مـن كفالتـه أو اهماله في قيد رهن رسمي ضـامن للوفـاء بالـدين أو اهمالـه فـي تجديد هذا القيد

---

(1) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص 475 وفي القانون الفرنسي يدخل في نطاق هذا الدفع الضمانات التي تنشأ بعد الكفالة إلا إذا كان الدائن قد وعد بها على نحو محله .

فـي الموعـد القـانوني الـلازم أو عـدم المحافظـة علـى المـال المحبـوس لديـه أو المرهون رهنا حيازيا بما ادى إلى هلاك أو تلفه بما يفقده قيمته .

ويلاحظ أن الضياع بخطأ الدائن ، والمقصود في هذا المقام ، يفترض بالضرورة وكما أشرنا في الشرط الأول ، وجود التامين الخاص بالفعل ، وبالتالي فان هذا الفرض لا ينطبق على حالة تقصير الدائن في الحصول على تامين كان في استطاعته أن يحصل عليه ولكنه لم يفعل . فوصف اضاعة التامين لا ينطبق بدقة على هذا الوضع . ومن قبيل ذلك أن يكون الدائن مؤجرا لوحدة سكنية مثلا (والمدين مستأجرا) ثم يتقاعس الدائن عن مطالبة المدين المستأجر بوضع اثاث ومنقولات تكون قيمتها كافية لضمان الاجرة وفقا (للمادة 588 مدني) . ففي هذه الحالة لا يجوز الدفع باضاعة التأمينات وفقا (للمادة 784 مدني) [(1)(2)]

وأخيرا فانه في حالة اضاعة التامين بخطأ مشترك بيم الكفيل والدائن فان المسئولية بينهما توزع وفقا لقواعد الخطأ المشترك بمعنى أن يتحمل كل منهما جزء منها بقدر نسبة اشتراكه في اضاعة التامين .

الشرط الثالث : أن يترتب على اضاعة التامين ضرر يلحق بالكفيل:

لابد للتمسك بالدفع باضاعة التامينات أن يثبت أن ضررا قد لحق بالكفيل نتيجة لذلك فمبنى الدفع هو المصلحة التي للكفيل في أن يحافظ الدائن على تلك التامينات بما يهئ له عن طريق الحلول ، سبيل الرجوع بما اوفاه للدائن . فإذا ثبت لكل التأمين الذي اضاعه الدائن لا يمثل اية قيمة حقيقية وتامينية ، فلا وجه للتمسك به .

---

(1) وان كان للكفيل أن يثبت أن الدائن قد قصر في ذلك عمدا قاصدا الاضرار بالكفيل إذ يجوز للكفيل في هذه الحالة أن يثبت ما لحق به من ضرر وان يتمسك ببراءة ذمته في حدود قدر هذا الضرر وفقا للقواعد العامة في المسئولية .

(2) ولكن يجوز الدفع إذا كان المؤجر قد تمسك بوضع المنقولات الكافية التي يرد عليها امتيازه وترتب له هذا الامتياز ثم ترك المستأجر (المدين) يخرج هذه المنقولات دون اعتراض أو دون اتخاذ إجراءات استردادها .

ويقع عبء اثبات حدوث الضرر على عاتق الكفيل ، ومع ذلك فان مجرد ضياع تامين خاص منتج يعد قرينة على الضرر حتى ولو كان المدين موسرا أو كان الدين مضمونا بتأمينات اخرى كافية لضمان الوفاء .

ومن الامثلة على الحالات التي لا يلحق فيها ضرر بالكفيل نتيجة لاضاعة تأمين أن يتنازل الدائن عن رهن مرتبته فيه متأخره على نحو لا يحقق اية فائدة ، أو ابراء كفيل مصر على نحو مؤكد وثابت .

أما إذا ثبت الضرر فان للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما ضاع من تأمين ، بمعنى أن براءة ذمة الكفيل تقاس بقدر قيمة الحق الضائع . وتقدر هذه القيمة في اليوم الذي كان يتم فيه حلول الكفيل محل الدائن في ضمانات الدين وهو يوم حلول اجل الوفاء بالمديونية .

ويعطي الأستاذ السنهوري مثلا للتناسب بين قيمة الضمان الضائع وقدر براءة ذمة الكفيل بافتراض أن كان " الدائن " رهنان رسميان على منزلين قيمة كل منها 1000 جنيه وكان حقه يبلغ 2000 جنيه ونزل الدائن عن رهنه على احد هذين المنزلين فالكفيل لم يصبه من الضرر إلا مقدار النصف فيطلب براءة ذمته بهذا المقدار فحسب ".

الشرط الرابع : أن يتمسك الكفيل ببراءة ذمته :

يعتبر الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن من تامينات متعلقا بمصلحة خاصة للكفيل ، فهو لا يحمي مصلحة عامة . ويترتب على هذا الوصف انه يجوز للكفيل أن يتنازل مقدما عن التمسك بهذا الدفع . ومن صور التنازل أن يكون هناك اتفاق على عدم حلول الكفيل في التامينات الخاصة المتعلقة بالدين ، أو على عدم مسئولية الدائن عن اضاعة أو اضعاف أي تأمين . مع ملاحظة انه في هذه الحالة الاخيرة فان الاتفاق على عدم المسئولية يتقيد بالتحفظ الوارد في (المادة 2/217 مدني) والتي تجري على انه " يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . وبالتالي فان مثل الاتفاق المشار إليه أن يعفي الدائن (وهو المدين بالمحافظة على التامينات) إلا من نتائج خطئه اليسير .

أما إذا لم يوجد اتفاق بالاعفاء أو بعدم الحلول فان الأمر يبقى رهنا بارادة الكفيل اذ يتعين عليه أن يتمسك ببراءة ذمته كليا أو جزئيا ، بمعنى أن اضاعة التامين لا تؤدي بذاتها وبقوة القانون إلى براءة الذمة .

وللكفيل أن يتمسك بذلك سواء في صورة دفع في الدعوى التي يقيمها ضده الدائن للمطالبة بالوفاء بالدين (وفي هذه الحالة يجوز له التمسك بالدفع حتى اقفال باب المرافعة في الاستئناف) سواء بدعوى مبتداه يرفعها الكفيل ضد الدائن عندما يطالبه الدائن بالوفاء .

البند الخامس

الدفع بالتجريد

يترتب على صفة التبعية التي تلحق بالتزام الكفيل ، أن الكفيل لا يلتزم بالوفاء إلا إذا تخلف وفاء الدين من المدين الاصلي ، ويقتضي هذا المعنى أنه إذا ما شرع الدائن في التنفيذ على اموال الكفيل ، فان لهذا الأخير أن يدفع إجراءات التنفيذ بضرورة التنفيذ على اموال المدين اولا ثم تبين عدم كفايتها للوفاء بالدين .

وهذا الدفع يسمى الدفع بالتجريد لأنه يتضمن مطالبة الدائن بتجريد المدين من أمواله قبل التنفيذ على اموال الكفيل . وهو – أي الدفع – يتسق مع منطق أحكام الكفالة باعتبارها وسيلة احتياطية لاستيفاء الدين إذا ما تعذر استيفاؤه من المدين الاصلي فضلا عن أنه خطوة منطقية تأتي بعد الدفع بضرورة سبق مطالبة المدين قبل مطالبة الكفيل .

ويمثل الدفعان منطقا واحد يقوم على فلسفة واحدة مستمدة من وظيفة الكفالة وغايتها في نظام التأمينات المدنية ، خاصة وان القول بغير ذلك يؤدي إلى عبث بالوقت لاداع له ، اذ اننا لو سمحنا بالبدء بالتنفيذ على اموال الكفيل ، فان لهذا الأخير أن يرجع على المدين أن كانت لديه اموال كافية لاستيفاء ما أوفى به . وبالتالي فان المنطق والعدالة يقتضيان التنفيذ على المدين الأصلي أولا .

وقد نصت على الدفع بالتجريد المادة 788 مدني حيث نصت على أنه لا يجوز للدائن " أن ينفذ على اموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من امواله ، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق "

ويلاحظ مبدئيا أن الدفع بالتجريد يقتضي بالضرورة أن يشرع الدائن في اتخاذ الاجراءات ، وبالتالي فلا يجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع قبل مرحلة التنفيذ . فلا يجوز له أن يتمسك به مثلا لمجرد أن الدائن قد وجه إليه مطالبة قضائية بالوفاء ، فمجرد هذه المطالبة لا تواجه بالدفع بالتجريد ، ولكنها قد تواجه بالدفع بوجوب سبق مطالبة المدين والذي سبق أن عرضنا له .

ويطبق الدفع المذكور سواء كان المدين المكفول واحدا أو أشخاصا متعددين ، فان تعددوا كان من حق الكفيل أن يطلب تجريدهم جميعا من اموالهم قبل التنفيذ عليه .

ويلاحظ على هذا الدفع من ناحية انه مقصور على الكفيل الشخصي ، بمعنى انه غير جائز في حالة الكفالة العينية ، وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة 1/1050 مدني بقولها " إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك " ومن ناحية ثانية فان المشرع لم يجعل من اولوية التنفيذ على المدين حقا حتميا ، على نحو يلتزم الدائن به في ترتيب اوليات الرجوع ، ولكنه اعتبره مجرد دفع يتعين على الكفيل أن يتمسك إذا شاء الاستفادة به ، ومعنى ذلك أن للدائن أن ينفذ على اموال الكفيل اولا وان يستمر في هذا دون عائق طالما أن الكفيل لم يقدم دفعا بالتجريد .

وقد آل أمر هذا الدفع إلى الاحكام السابقة بعد تطور مفهومه بدء من القانون الروماني . ففي هذا القانون كانت الفكرة الاولى في الكفالة أن الكفيل يأخذ حكم المدين المتضامن وبالتالي كان يحق للدائن أن يختار من يبدأ بالتنفيذ على امواله (المدين أم الكفيل) ولم يكن من حق الكفيل إذا تعدد الكفلاء – أن يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين زملائه .

ثم تطور القانون الروماني في هذا الشأن تخفيفا عن الكفيل باظهار انه ضامن احتياطي ، وان التزامه بالوفاء هو التزام تبعي للالتزام الاصلي . وكان هذا التطور حساسا بعدالة موقف الكفيل باعتباره الضامن المتبرع وان نيته

الحقيقية قد انصرفت فقط إلى الوفاء بالدين عند قعود المدين عن الوفاء وليس الوفاء بغير قيد أو شرط . ومن هنا كان تطور القانون الروماني نحو اعطاء الكفيل مكنة الدفع بالتجريد ومكنة الدفع بتقسيم الدين بين الكفلاء . وترتب على ذلك ظهور التفرقة بين الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن[1] ، وتمتع الأول دون الثاني بالدفعين المشار اليهما .

شروط التمسك بالدفع بالتجريد :

يبني الدفع بالتجريد كما سبق أن اشرنا على مفهوم وفكرة الكفالة ذاتها باعتبارها نظام ضمان يحمي الدائن من عدم قدرة المدين على الوفاء بالدين ، وان العدالة – فضلا عن النية المشتركة للطرفين (الدائن والكفيل) – تقتضي عدم بالبدء بصاحب الالتزام التابع قبل تجريد المدين الاصلي .

والدفع مقرر لمصلحة الكفيل فيجب أن يتمسك به . غير أن غاية الدفع لا تتحقق إلا إذا كان لدى المدين من الاموال ما يكفي للوفاء بالدين وقد ترتب على هذا المنطق إلزام الكفيل بارشاد الدائن عن اموال المدين الكافية للوفاء حتى يستطيع ذلك الكفيل أن يتسمك بالدفع المشار إليه .

ومن المفهوم السابق تتبلور شروط التمسك بالدفع بالتجريد وهي :

1- إلا يكون الكفيل قد تنازل عن هذا الدفع

2- أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع في الوقت المناسب

3- إلا يكون متضامنا مع المدين

4- أن يرشد الكفيل على نفقته عن اموال المدين الكافية للوفاء بالدين.

الشرط الأول : إلا يكون الكفيل قد تنازل عن الدفع بالتجريد :

البدء بتجريد المدين الاصلي هو ميزة قررها المشرع للكفيل وله بالتالي أن ينزل عنها أو أن يتمسك بها حسب تقديره واختياره . وقد يكون التنازل عن

---

(1) ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن يكون الكفيل متضامنا يتسوى مركزه بمركز الدين الاصلي .

هذا الدفع مسبقا . أي بناء على شرط في عقد الكفالة ذاته أو في ملحق بين الدائن والكفيل .

وقد يكون تنازلا لاحقا عند البدء في إجراءات التنفيذ على اموال الكفيل .

ومن ناحية ثانية قد يكون التنازل صريحا وقد يكون ضمنيا ويتخذ التنازل الصريح الصورة السابق الإشارة اليها المتمثلة في الاشتراط المرفق بالكفالة بناء على بند صريح وواضح

أما التنازل الضمني فهو يستخلص من الظروف والملابسات ، واحيانا يرد هذا التنازل الضمني في عقد الكفالة ذاته كأن يستفاد مثلا من شرط تعهد الكفيل بدفع الدين فور حلول اجله أن لم يقم المدين بالدفع في هذا الأجل .

غير أن التنازل الضمني غالبا ما يرد بعد إبرام الكفالة وعلى وجه الخصوص عند شروع الدائن في التنفيذ على اموال الكفيل ، دون سبق التنفيذ على اموال المدين ومع ذلك يسكت الكفيل بغير اعتراض على استمرار البدء في التنفيذ على امواله .

غير أن هناك حالة لا يكون سكوت الكفيل تنازلا ضمنيا بصفة نهائية فقد يحدث إلا يكون للمدين مال يمكن التنفيذ عليه فيستمر الدائن في التنفيذ على اموال الكفيل مباشرة ويسكت الكفيل عن الدفع بالتجريد لعلمه بحالة المدين وعدم جدوى الدفع بالتجريد ، ثم يطرأ بعد ذلك ما يثبت معه أن للمدين اموالا دخلت في ذمته بعد بدء التنفيذ على الكفيل ، في هذه الحالة يستعيد الكفيل مكنة الدفع بالتجريد ويفقد التنازل الضمني مبناه ، لأنه كان تنازلا في ضوء حالة كانت مؤكدة ثم تغيرت .

ويلاحظ اخيرا أن نزول الكفيل عن الدفع بالتجريد – صريحا كان أو ضمنيا – لا يسري في حق كفيل الكفيل – أن وجد – بحيث يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بتجريد المدين والكفيل قبل التنفيذ على امواله هو .

الشرط الثاني : أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في الوقت المناسب:

وقد ورد شرط ضرورة التمسك بالدفع في نص الفقرة الثانية من المادة 788 .. " ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بالدفع " يعود هذا الوجوب إلى التاكيد على انه دفع تقرر لحماية مصلحة خاصة وغير متعلق بالنظام العام كما سبقت الاشار في مواضع اخرى ، غير أن هذا التمسك يجب أن يتم في الوقت المناسب . وقد ثار تساؤل حول تحديد الوقت المناسب الذي لا يجوز بعد مروره أن يتمسك الكفيل بتجريد المدين .

في القانون المدني الفرنسي نصت المادة 2022 على أن الدائن ليس ملزما بتجريد المدين الاصلي إلا إذا طلب الكفيل ذلك وعند بدء الإجراءات الاولى الموجهة إليه[1] ومعنى ذلك أن الكفيل أن يتمسك بتجريد المدين عندما ترفع عليه الدعوى وقبل الدخول في اية مناقشة خاصة بالموضوع . وفي القانون المدني المصري القديم لم يكن هناك نص على هذه القاعدة مما اثار خلافا حول مدى امكانية تطبيق حكم القانون المدني الفرنسي . وعند اعداد القانون المدني الحالي كانت المادة 1145 من المشروع تنص على انه " لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده " . غير أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص دون بيان علة لذلك . وعندما اتيحت الفرصة لمحكمة النقض المصرية لابداء رايها في الموضوع قضت بان للكفيل الحق في ابداء الدفع بالتجريد في أي وقت مناسب ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه[2] . ثم جاء نص المادة 788 مدني ليحدد ليفرق بين مطالبه الكفيل قضائيا وبين التنفيذ على امواله ، وخصص لكل حالة منهما دفعا خاصا ، ففي حالة المطالبة القضائية للكفيل أن يتمسك بالدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين ، أو على الأقل عدم جواز مطالبته وحده (مادة 1/788 مدني) وفي حالة الشروع في التنفيذ على اموال الكفيل ، يكون له أن يدفع بضرورة تجريد المدين من امواله قبل التنفيذ على اموال الكفيل (م 2/788)

ويترتب على هذا الحكم الأخير (م 2/788) أن الوقت المناسب للتمسك بالدفع بالتجريد هو اتخاذ إجراءات التنفيذ على اموال الكفيل ، وبالتالي فان سكوت الكفيل عن التمسك بالدفع في هذه المرحلة يعد ، في تقديرنا ، نزولا

---

(1) وتطبيق قضائي فرنسي للدائرة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية في 29 مارس 1960 منشور في بلتان مدني – 4 – رقم 341 من 264 .

(2) نقض 1937/1/21 مجموعة عمر ، جزء 2 – ص 76 .

عن هذا الدفع ، أما سكوت الكفيل في اية مرحلة سابقة على التنفيذ اثناء المطالبة القضائية مثلا فلا يعد نزولا من جانبه .

ولكن نلاحظ امرين : الأول أن مسالة تقدير التنازل هي مسألة موضوعية يستخلصها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من جانب محكمة النقض ، وهو يقدره وفق ظروف الحال وملابساته . الثاني : أن عدم التمسك بالدفع بالتجريد لا يعد نزولا عنه طالما أن شروط هذا التمسك لم تتوافر كاملة حتى ولو كانت إجراءات التنفيذ قد تمت في معظمها ، فطالما أن شروط التمسك بالدفع لم تكن متوافرة فان السكوت لا يحمل محمل النزول .

ويقوم شرط التمسك بالدفع عند التنفيذ على اموال الكفيل على سند منطقة وهو أن سكوت الكفيل رغم بدء التنفيذ على امواله يرجح بغير شك تنازله عن التمسك بالدفع بالتجريد ما لم تقم ظروف اخرى تنفي عنه هذا المعنى بوضوح وصراحة ، كان يكون سبب التاخير في الدفع أن الكفيل مثلا – يجادل في مشروعية التزامه بعقد الكفالة من اساسه ، أو أن سكوته كان بسبب يقينه بان المدين لا يملك اموالا تكفي للوفاء ، ثم طرأ ما غير من حالته من عسر سابقف إلى يسر لاحق كما سبقت الإشارة ففي مثل هذين الفرضين الاخيرين لا يعد التأخير دليلا على النزول عن التمسك بالدفع ويجوز للكفيل بالتالي أن يتمسك في أي مرحلة ولو كان التنفيذ قد قطع شوطا واضحا .

الشرط الثالث : إلا يكون الكفيل متضامنا مع المدين :

نصت المادة 793 مدني على أنه " لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد " ويبنى هذا الحكم على أن التضامن يجيز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين (مادة 285 مدني) ولذلك فان للدائن أن يختار البدء بالمطالبة أما بالدين الاصلي أو الكفيل المتضامن . وقد نصت المادة 795 مدني على أنه : " في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين " ومعنى ذلك انه لا يجوز لهم التمسك بالتجريد .

ويلاحظ أن نص المادة 793 مدني قد حدد أن تضامن الكفيل مع المدين هو الحالة التي يحرم فيها الكفيل من التمسك بالدفع بالتجريد

ويترتب على هذا التحديد من ناحية اولى أن تضامن الكفلاء فيما بينهم لا يمنع من تمسك كل منهم بالدفع بالتجريد – تجريد المدين الاصلي – قبل التنفيذ على امواله ، طالما انهم غير متضامنين مع المدين ذاته .

ومن ناحية ثانية فانه يجوز لكفيل الكفيل أن يتمسك بالتجريد مادام غير متضامن مع الكفيل أو مع المدين ، ففي هذه الحالة يجوز له التمسك بتجريد المدين والكفيل على حد سواء ، ومع ذلك يرى بعض الفقه أن كفيل الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بالتجريد إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين والا لترتب على وجود كفيل الكفيل الانتقاص من حقوق الدائن(1) .

ومن ناحية ثالثة ، فان المادة 285 مدني تنص على أن يراعى في التضامن ما يلحق رابطة كل مدين وصف يعدل من اثر الدين . ويترتب على هذا الحكم انه يجوز أن يكون التزام الكفيل موصوفا على نحو يعدل من اثره كان تكون كفالته معلقة على شرط كان يشترط للرجوع عليه عدم كفاية الاموال المرهونة للوفاء بالدين أو أن يبدأ الدائن اولا بنزع ملكية هذه الاموال . فإذا توافر مثل هذا الفرض جاز للكفيل رغم تضامنه مع المدين أن يتمسك بتنفيذ الشروط المتفق عليها قبل التنفيذ على امواله .

ومن ناحية رابعة ، فان الكفيل حين يتمسك بالتجريد فانه يتمسك بتجريد المدين الذي كفله فلا يجوز له أن يتسمك بتجريد مدين لم يكفله وتبدو اهمية هذه الملاحظة حين يكون مع المدين المكفول مدين آخر متضامن معه ، ففي هذه الحالة للكفيل أن يتمسك بتجريد مدينه الذي كفله دون المدين الآخر ولو كان المدينان متضامنين .

الشرط الرابع : أن يقوم الكفيل بارشاد الدائن إلى اموال المدين تكفي للوفاء بكامل الدين :

يقوم الدفع بالتجريد على فكرة منطقية وعادلة سبق أن اشرنا اليها وهي أن دور الكفالة ياتي كتامين احتياطي للدائن إذا لم يقم المدين بالوفاء ، كذلك كان من الطبيعي أن يعطي له الدفع بالتجريد ما لم يكن متضامنا ع المدين . ومؤدى هذه المعاني أن التنفيذ على المدين وتجريده من امواله هو أمر له جدواه التي

---

(1) منصور مصطفى منصور ، السابق ، رقم 45 .

يتعين التمسك بها تفاديا لضياع الجهد والنفقات وكثرة الاجراءات وتتمثل هذه الجدوى في أن يكون للمدين اموال قابلة للحجز عليها وكافية للوفاء بالدين ولذلك نصت المادة 789 مدني على أنه :

1- إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بارشاد الدائن إلى اموال المدين تفي بالدين كله .

2- ولا عبرة بالاموال التي يدل عليها الكفيل ، إذا كانت هذه الاموال تقع خارج الاراضي المصرية أو كانت أموالا متنازعا عليها "

ويتضح مما سبق أن هذا الحكم يقوم على عدة محاور نعرضها فيما يلي :

المحور الأول :

هناك ظروف قد تحدث للمدين فيصبح من غير المجدي الحديث عن الدفع بالتجريد أو الارشاد عن اموال كافي لهذا المدين ، فإذا كان المدين قد أشهر افلاسه أو اعساره ، أو تبين دون اتباع إجراءات شهر الافلاس أو الاعسار انه في حالة مالية ظاهرة الافلاس أو الاعسار بما يقطع معه بعجزه عن الوفاء ، فانه لا يبقى أي معنى للدفع بالتجريد ويقع التنفيذ على اموال الكفيل مباشرة .

المحور الثاني :

أن قيام الكفيل بالارشاد عن اموال المدين لا يقبل منه إلا إذا كان الارشاد عن اموال كافية للوفاء بالدين بكامله وهو ما نصت عليه المادة 789 مدني بقولها : " اموال المدين تفي بالدين كله "

وقد نصت على حكم قريب من هذا الحكم المادة 2022 مدني فرنسي ولكنها لم تشترط الارشاد عن اموال كافية للوفاء بالدين كله واكتفت بالقول بالارشاد عن اموال كافية حتى يتمسك بالتجريد .

وفي الحالتين سواء حال القانون المدني المصري أو القانون المدني الفرنسي تعرض المسالة على قفاضي الموضوع عند النزاع فيها – لكن بقدر ما إذا كان الارشاد عن اموال كافية للوفاء بكل الدين وفقا للقانون المصري) أو

كافية للتمسك بالتجريد (وفقا للقانون الفرنسي) لكي ينتهي القاضي من فحصه إلى احقية الكفيل أو عدم احقيته في التمسك بالتجريد .

وقد قضى في فرنسا بأن للقاضي أن يرفض الدفع إذا تبين له أن دائني المدين قد شرعوا في الحجز على امواله وان الدائن لا يستطيع أن ينتظر ما تسفر عنه إجراءات الحجز وقسمة الاموال باعتبار أنها إجراءات طويلة وذات نتائج احتمالية وغير مؤكدة خاصة إذا كان اجل حق الدائن قد سبق أن حل منذ فترة من الوقت .

ويلاحظ أن الفارق بين القانونين في شأن ما سبق ذكره هو في مدى امكانية الخروج على مبدأ عدم جواز اجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي . فالمادة 1/342 مدني مصري تنص على انه : " لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل الوفاء جزئيا لحق ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بذلك" وبالتالي فان نص المادة _ 789 مدني في شأن الكفالة هو نص متفق تماما مع نص المادة (1/342 مدني) فالارشاد عن اموال تكفي للوفاء بالدين هو تطبيق لمبدأ عدم جواز اجبار الدائن على قبول وفاء جزئي من الكفيل . ورغم أن المادة 1244 مدني فرنسي تضع ذات الحكم في شأن الوفاء الجزئي فان هذا القانون لم يتطلب – كما اشرنا – صراحة الارشاد عن اموال المدين يكفي لكامل الوفاء ومع ذلك فان الأمر في التطبيق العملي قد يتقارب إلى حد معين من خلال تقدير قاضي الموضوع – في فرنسا لمدى جدوى الاموال التي يرشد عنها الكفيل .

المحور الثالث : أن نجاح الدفع بالتجريد وبالتالي قبوله يقتضي أن يكون الارشاد عن اموال المدين منتجا في التنفيذ واستيفاء الدين دون عناء أو ارهاق ، ويترتب على هذا المعنى عدة نتائج .

النتيجة الاولى :

أن تكون الأموال التي ارشد عنها الكفيل كائنة في داخل الاراضي المصري . وقد نصت على هذا الشرط صراحة المادة 789 مدني . وبالتالي فلا

عبرة بأموال المدين إذا كانت خارج أراضي الجمهورية المصرية . كذلك تطلب ذات النص السابق أن تكون الأموال غير متنازع فيها[1] .

النتيجة الثانية :

وهي تسعى إلى عدم ارهاق الدائن . فلا شك أن العسير على الدائنين أن ينفذ على أموال المدين خارج الاراضي المصرية ، وكذلك الأموال المتنازع عليها ولو كانت بالداخل ، ففي الحالتين يقتضي التنفيذ كثيرا من الارهاق والمشقة كما يستتبع كثيرا من الإجراءات والنفقات .

وقد اضاف بعض الفقة في فرنسا نتيجة ثالثة مؤداها إلا يكون المال الذي يرشد عنه الكفيل مملوكا للمدين على الشيوع مع اخرين لان الشيوع يؤدي إلى صعوبات في التنفيذ على المال الشائع ويتطلب من الدائن اتخاذ اجراءات القسمة أولا ، وهو أمر مرهق لا يجوز اجبار الدائن على اتباعه .

واخيرا فان عبء اثبات كفاية الأموال للوفاء بكل الدين يقع على عاتق الكفيل . وعليه أن يتحمل نفقات الارشاد كنفقات استخراج الشهادات العقارية أو المستندات أيا كان نوعها والدالة على ملكية المدين للاموال وللكفيل أن يرجع بتلك النفقات فيما بعد على المدين

أما نفقات تجريد المدين من أمواله فلا يلتزم الكفيل بدفعها للدائن ، وذلك خلافا لحكم القانون المدني الفرنسي الذي يوجب على الكفيل أن يعجل للدائن بالمبالغ اللازمة لإجراء التجريد (م 2023 مدني فرنسي) . ففي القانون المصري اذن على الدائت أن يتحمل تلك النفقات ثم يعود بها على المدين من حاصل البيع وله في ذلك حق الامتياز المقرر وفقا للمادة 1138 مدني في شأن امتياز المصروفات القضائية .

نتائج قبول الدفع بالتجريد :

1- وقف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل :

---

(1) لا يشترط لكون المال متنازع عليه أن يكون قد رفعت في شأنه دعوى قضائية بل يكفي أن يقوم حوله نزاع ظاهر الجدية كان يكون المال تحت يد شخص ثالث يدعي عليه حق ويعترض بالتالي على التنفيذ عليه .

يترتب على هذا الوقف وفقا لنص المادة 2/788 مدني التي تمنع الدائن من أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويترتب على هذا الحكم بطلان اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل طالما قد قبل دفعه بالتجريد . بل صان قبول الدفع على هذا النحو يؤدي إلى الغاء ما يكون قد تم من اجراءات يضر بقاؤها بالكفيل ، فإذا كان الدائن قد اوقع حجزا تنفيذيا على أموال الكفيل أو كان قد اتخذ اجراءات تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فان كل هذه الإجراءات تزول وينتهي كل اثر لها خاصة الاثار التي تقيد حرية الكفيل في التصرف في أمواله سواء تلك الموجودة تحت يده أو الموجودة تحت يد الغير .

غير أن وقف اجراءات التنفيذ ضد الكفيل وعودة حريته في التصرف في أمواله قد يثيرا تخوفا يهدد مصالح الدائن ويتمثل هذا التخوف فيما قد تسفر عنه اجراءات التنفيذ من نقص في أموال المدين مما يجعلها غير كافية للوفاء بكامل الدين . وهنا يثور التساؤل حول حق الدائن في أن يتخذ اجراءات تحفظية ضد الكفيل ؟

كان القانون المدني القديم ينص (م 602) على أن وقف مطالبة الكفيل لا يخل بالاجراءات التحفظية . ولم يرد في القانون المدني الحالي نص مقابل ، ومع ذلك فان حق الدائن في اتخاذ هذه الإجراءات التحفظية قائم وفقا للقواعد العامة . وبالتالي يجوز له أن يوقع حجزا تحفظيا على منقولات[1] الكفيل اذ اخشى قيامه بتهريبها ، كما أن له أن يطلب تعيين قيم عليه إذا وجدوه في احدى الحالات القانونية الموجبة لذلك ، أن يطلب وضع الاختام على أموال تركته في حالة الوفاة . كما يجوز للدائن اخيرا أن يطلب اخذ حق اختصاص على عقار للكفيل إذا توافرت له شروط ذلك كاجراء تحفظي .

وبالمقابل لكل ما سبق فان على الدائن بدوره أن يبادر بالتنفيذ على أموال المدين التي تم ارشاده إليها قبل أن يتمكن هذا المدين من اخفائها أو تهريبها فإذا تقاعس الدائن عن اتخاذ هذا الاجراء برأت ذمة الكفيل بقدر ما اختفى من أموال المدين بسبب تقصير الدائن (راجع م 790 مدني)

---

(1) ذلك أن المنقولات يسهل اخفاءها وتبديدها وبالتالي تقتضي السرعة التحفظ عليها ، وبالنسبة للعقارات قد يكون من شأن تأخر الدائن أن تكتمل مدة اكتساب ملكيتها بالتقادم لحساب الغير ، راجع السنهوري ، رقم 49 .

ويترتب على ما سبق أن لا يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل إذا كان التاخير في التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ومن قبيل ذلك أن يتضح أن الأموال قدرت بقيمة اعلى من قيمتها الحقيقية ولم تكفي بالتالي لكامل الوفاء ، أو أن تكون قيمتها قد نقصت لأسباب اقتصادية طارئة ، أو أن يظهر دائنون جدد يزاحمون الدائن ، ولم تكن ديونهم معروفة عند الدفع بالتجريد ، ففي مثل هذه الحالات يكون من حق الدائن أن يرجع على الكفيل بما تبقى له من حق .

وأخيرا فانه يتعين على الدائن إذا بقى له جزء من حق دون استيفاء ، أن يقيم الدليل على انه نفذ على جميع الأموال التي ارشد عنها الكفيل وأنها لم تكن كافية للوفاء بكل الدين وهو يثبت ذلك استعانة بمحاضر الجرد والتنفيذ .

أما إذا ادعى الكفيل أن النقص في الاستيفاء يعود إلى خطأ من جانب الدائن في انه لم يتخذ الإجراء المناسبة في الوقت المناسب ، فعليه هو أن يقيم الدليل على هذا الادعاء ، ذلك أن خطأ الدائن لا يفترض .

تجريد المدين من التامين العيني المخصص للوفاء بالدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل :

نصت المادة 791 مدني على انه : " إذا كان هناك تامين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت الكفالة بعد هذا التامين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التامين "

يواجه هذا النص حالة وجود تامين عيني مخصص لضمان الوفاء بذات الدين الذي جرى كفالته ففي هذه الحالة من حق الكفيل أن يطلب التنفيذ على هذا التامين العيني قبل التنفيذ على أمواله . ويتضمن هذا الحكم قدرا من الاستثناء على الشروط العامة للدفع بالتجريد ، ويتمثل في أن وجوب التنفيذ على الضمان العيني لا يشترط أن يكون هذا التامين كافيا للوفاء بكل الدين (على خلاف الدفع بالتجريد) . وبالتالي فان نص المادة 791 مدن يمثل حتمية ترتيب التنفيذ بالبدء به على المال المحمل بالتامين العيني ، فإذا كان كافيا انتهى الأمر عند هذا الحد ، وان لم يكفي انتقل التنفيذ إلى أموال الكفيل بما بقى من الدين ويلاحظ أن هذا الحكم لا يحرم الكفيل من الدفع بتجريد المدين من أمواله قبل الرجوع عليه . ولذلك فان للكفيل أن يتمسك أولا بالتنفيذ على محل التامين الخاص ، ثم

له بعد ذلك أن يتمسك بتجريد المدين من أمواله بعد أن يرشد عن أموال تكفي للوفاء بكل ما تبقى من الدين .

وتشترط المادة 791 مدني لإعمال حكمها عدة شروط هي :

الشرط الأول : أن يكون الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمين عيني:

ويستوي في ذلك أن يكون مصدر هذا التامين هو الاتفاق كما هو الحال في الرهن الرسمي ، والرهن الحيازي أو أن يكون مصدره القانون كما هو شأن حقوق الامتياز ، بل ويجوز أيضا أن يكون مصدر التامين حكم القضاء كما هو الحال في حق الاختصاص حيث يعتبر الاختصاص نوعا من الرهن وتسري عليه احكامه[1] .

كما يستوي أن يرد التامين الخاص على منقول أو على عقار . ولكن يشترط – وكما سبقت الاشارة أن يكون التامين كافيا للوفاء بكل الدين ، ولكن لا يشترط أن يكون التامين العيني مخصصا للوفاء بالدين المكفول وحده بل يجوز أن يضمن معه ديونا أخرى .

الشرط الثاني : أن يكون التامين العيني مقررا على مال مملوك للمدين :

لم يرد في نص المادة 791 مدني ما يفيد لزوم هذا الشرط ومع ذلك يذهب اغلب الفقه المصري إلى اشتراطه استنادا إلى عدة حجج هي :

أن ما ورد في المادة رقم 791 مدني هو تطبيق خاص للدفع بالتجريد ، مما يقتضي أن يكون التامين العيني مقدما من المدين على مال من أمواله اذ التجريد في الحالتين – العامة والخاصة – لا يرد إلا بالنسبة لأموال المدين .

أن النص المذكور مأخوذ عن القانون السويسري (مادة 2/495) الذي يجري على انه : " إذا حصل الدائن على رهون حيازية تأمينا لحقه قبل الكفالة أو في نفس الوقت ، فان الكفيل البسيط يستطيع أن يقتضي استيفاء الدائن لحقه من هذه الرهون اولا ، إلا إذا كان المدين في حالة افلاس أو كانت الرهون لا

---

(1) ولكن يلاحظ أن حكم المادة 791 مدني لا يسري على حق الحبس الذي قد يباشره الدائن على مال المدين لأن هذا الحق ليس بتأمين عيني . .

يمكن تخفيضها بغير افلاس المدين ، " وكذلك المادة 2/272 من القانون الالماني " والتي تنص على انه إذا كان للدائن حق رهن حيازي أو حق حبس على منقول مملوك للمدين الأصلي وجب عليه أن يستوفي حقه أولا من هذا المنقول .. "[1]

انه إذا كان التامين الخاص مقدم من غير المدين أي من كفيل عيني فان مركز هذا الكفيل العيني يتساوى مع مركز الكفيل الشخصي فكل منهما يلتزم بالوفاء بصفة تبعية إذا لم يفي المدين الأصلي بالدين ، ومن يفي بالدين منها يستطيع أن يرجع على الاخر بقدر نصيبه . بل أن لكل منهما أن يطالب بتقسيم الدين عليهما إذا توافرت شروط معينة ، ولا يجوز لاي منهما أن يطالب بتجريد الاخر من أمواله .

الشرط الثالث : أن يكون التامين العيني قد تقرر قبل الكفالة أو في ذات وقتها على الأقل :

والحكمة من هذا الشرط تبدو منطقية تماما ، لأن معنى وجود التامين العيني قبل الكفالة أو وقت ابرامها أن الكفيل اعتمد على وجود هذا التامين عندما قبل أن يكفل المدين ، أما اذا كان التامين العيني قد نشأ بعد الكفالة فانه لا محل للتمسك بالدفع لأن الكفيل لا يكون قد اعتمد على هذا التامين ومن الواضح انه قبل كفالة الدين دون أن يكون الدين مضمونا باي تامين اخر في حينها .

الشرط الرابع : أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين :

وهو تطبيق للحكم العام الذي يقتضيه التضامن ، فالتضامن يسقط الحق في التجريد في أي حالة من حالاته ، اذ يجوز وفقا للتضامن أن تتم مطالبة أي من المدينين المتضامنين اولا وبغير ترتيب في اولويات الاختيار بين المدينين المتضامنين . ويلحق بهذا المعنى ، بحكم اتحاد النتيجة ، ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد صراحة أو ضمانا وهو ما يقتضي أيضا أن يتمسك الكفيل (غير المتضامن) بالدفع بالتنفيذ على محل التامين العيني فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .

المبحث الثاني

---

(1) نقلا عن السنهوري ، رقم 50 .

علاقة الكفيل بالمدين

يلتزم الكفيل بالوفاء عن غيره (المدين) في حالة عدم قيام هذا الأخير بالوفاء بما في ذمته ، فالكفيل ضامن للوفاء بما ليس في ذمته ، فهو ليس مدينا بشيء ، إنما قبل أن يقدم خدمة بغير مقابل (أو بمقابل احيانا) في صورة ضمان الوفاء بالدين . لذلك فان له بعد الوفاء بالدين حق الرجوع على المدين بما اوفاه . ولان له هذا الحق فقد الزم المشرع الدائن – وكما سبق أن عرضنا - أن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين ، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع وان يتخلى له عما يضمن الوفاء من منقول مرهون أو محبوس ، وان ينقل له التامين العقاري الضامن للدين أن وجد . وهذه الواجبات التي القاها المشرع على عاتق الدائن هي للتيسير على الكفيل في أمر رجوعه على المدين .

وقد عرض القانون المدني المصري لعلاقة الكفيل بالمدين في المواد 798 وما بعدها .

فقد نصت المادة 798 مدني يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، والا سقط حقه في الرجوع على المدي إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق اسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه فإذا لم يعارض المدين في الوفاء ، بقى للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه اسباب تقتضي ببطلانه أو بانقضائه " . كما نصت المادة 799 على انه إذا : " وفي الكفيل الدين فان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين "

وتقضي المادة 800 مدني على أن للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه . ويرجع باصل الدين وبالفوائد والمصروفات على انه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت اخباره المدين الأصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " .

وتنص المادة 801 مدني على أنه : " إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين " .

ويتضح مما سبق أن للكفيل إذا اوفى بالدين ، الرجوع على المدين بأحد دعويين : الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) أو دعوى الحلول . ونشرح كل منهما فيما يلي :

المطلب الأول

رجوع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة

يلاحظ ابتداء أن لاي كفيل أن يرجع بالدعوى الشخصية سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو بغير علمه . ويستوي في ذلك جميع الكفلاء على اختلاف مراكزهم القانونية . أي سواء كان الكفيل شخصيا أو عينيا ، متضامنا أو غير متضامن ، يتقاضى أجرا أو لا يتقاضى .

غير أن هذه القاعدة تفترض إلا يكون المدين قد اعترض على الكفالة . فقد نصت المادة 800 مدني على أن للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه . والنص حين يتحدث عن علم المدين يفترض بداهة أن يكون ذلك برضائه الصريح أو الضمني ، وبالتالي لا يدخل في منطقة هذا النص أن تكون الكفالة قد عقدت رغم اعتراض المدين ، ففي هذه الحالة الاخيرة لا تطبق المادة 800 في شأن الرجوع بالدعوى الشخصية ولكن يكون للكفيل أن يرجع على المدين وفقا للقواعد العامة في الاثراء بلا سبب ويختلف نطاق الرجوع في هذا الفرض الأخير عن فرض الرجوع بالدعوى الشخصية .

فقواعد الاثراء بلا سبب لا تسمح للمدين إلا أن يرجع بمقدار ما دفع عن المدين إذا كانت ذمة المدين قد برئت بهذا المقدار[1] ، ولذلك فلو وفي الكفيل دينا وكان للمدين دفع يبطل المديونية كلها من الاصل فليس له الرجوع ، وإذا وفي المدين الدين قبل حلول اجله فليس له الرجوع إلا عند حلول الأجل كما انه ليس للكفيل أن يرجع بالمصروفات لان المدين لم يغتن بمقدارها رغم افتقار

(1) السنهوري السابق رقم 60 .

الكفيل بهذا القدر ، وليس له أن يرجع بالفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية وفقا للقواعد العامة في القانون المدني[1] .

وتطبق قواعد الرجوع في إطار أحكام الاثراء بلا سبب أيضا في حالة ما إذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين ، كما لو ابرمت الكفالة بعد نشاة المديونية لمجرد تامين الدائن دون أن تكون للمدين اية مصلحة في ذلك .

وبالتالي فان الرجوع بالدعوى الشخصية – في حالة عدم اعتراض المدين على الكفالة – يكون في حالة ما إذا أبرمت الكفالة لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الدائن والمدين في ذات الوقت .

وقد اختلف الفقه في شأن الأساس القانوني لدعوى الرجوع الشخصية . ففي فرنسا يذهب الفقه إلى أن الدعوى الشخصية ليست سوى دعوى ....

غير أن الأمر يختلف إذا كان المدين لم يعلم أصلا بالكفالة :

ففي هذه الحالة يكون الكفيل فضوليا وله الرجوع بما وفاه بدعوى الفضالة وفي هذه الحالة الأخيرة لابد أن تكون الكفالة قد عقدت رغم عدم علم المدين لصالح هذا الاخير ، ففي هذه الحالة يصدق على الكفيل وصف الفضولي الذي تولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب المدين وفي مصلحته (الوفاء بالدين عند استحقاقه) دون ن يكون ملزما بالقيام بالكفالة ، ويكون المدين وفقا لقواعد الفضالة ملزما يأن يعوض الكفيل عما دفعه للدائن وان يرد له المصروفات الضرورية والنافعة التي اقتضتها الظروف وفوائدها من يوم دفعها ، فضلا عن التزام المدين بتعويض الكفيل (الفضولي) عما لحق به من ضرر بسبب قيامه بقضاء الدين عن المدين.

وفي مصر يذهب أستاذنا الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي إلى التسوية بين عقد الكفالة بعلم المدين ودون معارضته وحالة عقدها بغير علمه . ففي الحالتين لا تقوم دعوى الرجوع على أساس من الوكالة أو الفضالة بل هي دعوى خاصة

---

(1) أما في حالة عدم اعتراض المدين على الكفالة ورجوعه بالتالي بالدعوى الشخصية فله الرجوع بالمصروفات والفوائد من وقت الوفاء .

ومتميزة عنها هي دعوى الكفالة . فالقول بالوكالة – عند هذا الرأي – يؤي إلى الزلل في كثير من المواضع ولا تتفق مع الواقع ولا مع المبادئ القانونية ، فالوكالة سواء كانت صريحة أو ضمنية هي ما يوكل به شخص اخر في يقوم بعمل قانوني لحسابه فلابد أن تظهر رغبة الموكل والوكيل في الوكالة ، ومن العسير القول بأن المدين حينما يطلب من الكفيل أن يتقدم بكفالته أو حينما علم بكفالته ولم يعترض عليها أراد أن يوكله عنه في الوفاء فهذا أمر قلما يرد على خاطره . فضلا عن اننا لو سلمنا بقيام الوكالة صريحة كانت أو ضمنية بين المدين والكفيل يجب الالتزام بكل ما يترتب عليها من آثار كحق المدين في أن يعزل الكفيل في اي وقت يشاء ويمنعه بذلك من رفع الدعوى الشخصية المبنية عليها . والخطأ لا يقل وضوحا في شأن الفضالة إذ من مستلزماتها أن يكون ما قام به الفضولي لحساب رب العمل امرا عاجلا بل أن صفة الاستعجال هي من اهم دعائم الفضالة وعلى ما يترتب عليها من نيابة قانونية وليس من اليسير القول بأن قيام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين يعتبر أمرا عاجلا "[1] لذلك ينتهي هذا الرأي إلى اسناد دعوى الرجوع إلى القانون ذاته ، فالقانون هو المصدر المباشر لهذه الدعوى وهو يمنحها للكفيل لا باعتباره وكيلا أو فضوليا ولكن باعتباره كفيلا وعلى ذلك يجب عدم الرجوع إلى قواعد الوكالة أو الفضالة في كل ما يتعلق بدعوى الكفيل على المدين[2].

اما الاستاذ السنهوري فلا يرى اهمية كبيرة في القول بان الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين هي دعوى خاصة نص عليها القانون وليست بدعوى الفضالة ، ولا يظهر من الاعمال التحضيرية أن المشرع قصد أن يخالف الفقه الفرنسي في هذا الصدد ، بل يبدو انه اراد أن يسلم بها بنقله نص المادة 800 مدني من المشروع الفرنسي الايطالي ، واراد استبقاء العمل على ما كان عليه في التقنين المدني السابق وانما اثر أن يبين ما يرجع به الكفيل في الدعوى الشخصية لا أن يغير الاساس الذي تقوم عليه هذه الدعوى . وانه حتى لو سميت الدعوى الشخصية بدعوى الكفالة " فلا تختلف النتائج العملية لذلك بل أن المقدار الذي يرجع به الكفيل على المدين هو نفس المقدار الذي يرجع به فيما لو سمينا الدعوى بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة .. وانه لا يوجد ما يمنع من القول بأن المدين قصد عندما رضى

---

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ، السابق ، رقم 102 .

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ، الموضوع السابق .

بالكفالة أنه وكل الكفيل في وفاء الدين ، ولا يستطيع عزله في اي وقت يشاء كما لا يستطيع الكفيل النزول عن الوكالة لأن الوكالة هنا ليست لمصلحة المدين وحده بل ايضا لمصلحة الغير وهو الدائن فلابد من رضاء هذا الاخير حتى يعزل الوكيل أو ينزل عن الوكالة (مادة 2/715 و 716 مدني) وإذا قام الكفيل بالكفالة بغير علم المدين وفقى بالدين فعلا ، فما الذي يمنع من القول بانه قام بشأن عاجل لمصلحة المدين ، وهل لا يكون الوفاء بالدين وقد استحق في ذمة المدين شانا عاجلا يقوم به الكفيل ؟ وما الذي يمنع من أن تتقادم الدعوى الشخصية بثلاث سنوات ، لو كان اساسها دعوى الفضالة ثم لماذا لا يرجع الكفيل على المدين بالتعويض عن الضرر الذي قد يصيبه من جراء الوفاء بالدين عن المدين " خاصة وان المشروع التمهيدي كان يتضمن نصا صريحا في هذا المعنى ولم يحذف هذا النص إلا لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة ومهما يكن من أمر ، فليست هناك أهمية عملية كبيرة ، كما قدمنا ، من القول بالنظرية الجديدة وهي نظرية دعوى الكفالة دون القول بالنظرية التقليدية وهي نظرية دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، فالحلول العملية واحدة في كل من النظرية الجديدة والنظرية التقليدية "[1]

شروط الرجوع بدعوى الكفالة :

ثلاثة شروط :

1- أن تكون قد عقدت لمصلحة المدين وبغير اعتراض منه .

2- اخطار الكفيل للمدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين في هذا الوفاء .

3- قيام الكفيل بالوفاء بالدين عند حلول أجله

الشرط الأول : أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين وبغير اعتراض منه :

لم يرد هذا الشرط صراحة ضمن نصوص القانون المدني الخاصة بالكفالة ، غير أنه شرط مستنبط من أحكام الكفالة ومنطقها . وقد سبق أن اشرنا

---

(1) السنهوري ، رقم 61 .

إلى أن الكفالـة قد تعقد لمصـلحة المـدين والـدائن فـي اغلـب احوالهـا . وقد تعقد لمصلحة الدائن وحده في فروض نادرة . كما سبق أن اشرنا إلى ما نصت عليه المادة 775 مدني من تجويز عقد الكفالة بغير علم المدين بل رغم معارضته ، ولكن الغالب أن تتم الكفالة بناء على طلب المدين ، أو على الاقل بعلمه .

وبــالرجوع للمــادة 800 مــدني يتبــين أن الــدعوى الشخصــية يمتــد استخدامها إلـى حـالات إبـرام الكفالـة جميعـا فيمـا عـدا ابرامهـا رغـم معارضـة المدين ، وبالتالي فان انتفاء هذا الاعتراض يعد شرط من شروط استخدامها في الرجوع على المدين . وهو شرط مفهوم ويتسق مـع أهميـة الـدعوى الشخصـية وما تخول للكفيل من امكانات في الرجوع ، حيث تشمل الرجوع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات التي دفعها من وقت اخباره المدين الاصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده ، وكذلك الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع .

وهذه الامكانات أوسع مدى مما تقرره القواعد العامة في القانون المدني للاجنبي الذي يفي دين غيره والذي يتحدد رجوعه على المدين بقدر ما دفعه وفقا للمادة 324 مدني[1] .

اما بالنسبة لاشتراط أن تكون الكفالـة لمصـلحة المـدين فهـو قـائم علـى شـرط عـدم الاعتـراض بمعنـى انـه إذا ابرمـت الكفالـة بغيـر اعتـراض المـدين فيفترض أنها عقدت لمصلحة غير أن هذا الافتراض قابل لاثبات العكس . إذ يجوز للمدين رغم عدم اعتراضه على إبرام الكفالـة مسبقا أن يقيم الـدليل علـى أن الكفالة قد ابرمت لمصلحة الدائن وحده ومن قبيل ذلك أن يضمن الكفيل دينـا في ذمة المدين ولـم يكـون اجل الـدين قد حل بعد ، دون أن يحصـل مـن الـدائن على اية ميزة جديدة لمصـلحة المـدين ، فـاذا ثبـت ذلـك امتنـع الرجـوع بالـدعوى الشخصية وان كان له أن يرجع وفقا للقواعد العامة أو بناء على دعوى الحلـول التي سيجيء ذكرها .

الشرط الثاني : أن يقوم الكفيل باخطار المدين قبل الوفاء والا يعترض هذا الأخير على الوفاء .

---

(1) إلى جانب الحالات الحلول التي نصت عليها المادة 226 مدني في شأن الوفاء من غير المدين .

نصت المادة 1/798 مدني على انه يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين والا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفي الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق اسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه " .

ونصت الفقرة 2 من ذات المادة على أنه : " إذا لم يعارض المدين في الوفاء ، بقى للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه اسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه "

قد يجحد الكفيل نفسه مضطرا إلى الوفاء بالدين عن المدين ، فقد يدفع بالتجريد وينتهي الدفع إلى غير نتيجة ، وقد يكون متضامنا فلا يجوز له الدفع بالتجريد وقد يجد نفسه أدبيا ملزما بالوفاء بوصفه كفيلا حفاظا على سمعته .

وفي جميع الحالات يتعين عليه أن يخطر المدين بعزمه على الوفاء بالدين ، يستوي في ذلك أن يكون الوفاء تلقائيا من جانب الكفيل أو كان استجابة لدعوى قضائية رفعها الدائن ضد هذا الكفيل . وتعود الحكمة من اقتضاء هذا الاخطار إلى أن المدين قد يرى الاعتراض على الوفاء ، فقد تقوم لديه مبررات تستوجب هذا الاعتراض . فقد يكون المدين قد اوفى بالدين مثلا ويترتب على عدم الاخطار قيام المدين بالوفاء مرة ثانية ، واخيرا قد تتوافر للمدين اسباب يطعن بها على سند المديونية أو على استمرار بقائها قائمة في ذمته ، وقد اشارت إلى هذا المعنى المادة 798 ذاتها وتطبيقا لذلك فان المدين – إذا ما تم اخطاره – يكون من حقه أن يبدي اعتراضا مفاده انه سبق أن اوفى بالدين مثلا ، أو أن المديونية قد انقضت بسبب من اسباب الانقضاء القانونية ، وقد يبدي اعتراضا يتمثل في الادعاء ببطلان سند الدين ذاته ولكن يلاحظ انه في هذا الصدد لا يجوز للمدين أن يبدي اعتراض فيما يتعلق بالتزام الكفيل أن .... للمدين في ذلك

وإذا قام الكفيل باخطار المدين فاعترض هذا الاخير على الكفيل ، فان على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء على مسئولية المدين وفي هذه الحالة قد يقونم الدائن باتخاذ اجراءات المطالبة لهذا الكفيل ، وهنا يحق للكفيل أن يدخل المدين جبرا في الدعوى لكي يبدي ما كان له من دفوع تساند اعتراضه.

غير أن للكفيل أن يضرب عرض الحائط باعتراض المدين ويستمر في الوفاء بالدين وهو يقوم بذلك على مسئوليته في هذا الفرض ، بمعنى أنه يكون معرضا لأن يفقد كل حقه أو جزء من هذا الحق في الرجوع على المدين وتتوقف هذه النتيجة على مدى صحة اسباب الاعتراض وهل كان يترب عليها براءة ذمة المدين كليا أو جزئيا .

ويطبق ذات الحكم السابق إذا لم يقم الكفيل بالاخطار اصلا ، بمعنى أن الامر يتوقف على مدى الفائدة التي عادت على المدين من الوفاء ، فان انعدمت الفائدة انعدم الرجوع وان كانت الفائدة جزئيا كان الرجوع بقدرها ، وان كانت الفائدة كاملة كان الرجوع كاملا وحاصل ذلك أن الكفيل إذا لم يخطر فانه يفي على مسئوليته .

ومن ناحية اخرى فان الكفيل قد يخطر المدين ولكن هذا الاخير يلتزم الصمت وعدم الرد ، وفي هذه الحالة من حق الكفيل أن يعتقد في عدم وجود اسباب للاعتراض وللكفيل بالتالي أن يفي بالدين ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى لو تبين فيما بعد أن هذا المدين كانت له اسباب تتعلق بانقضاء المديونية أو ببطلانها . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 798 مدني على هذا الحكم صراحة .

واخيرا لا يشترط في اعتراض المدين شكل خاص ، فقد يتم بورقة رسمية أو عرفية بل يصح أن يكون شفويا . وان كانت المصلحة تقتضي أن يتم بوسيلة كتابية يسهل اثباتها كخطاب مسجل . ويقع عبء إثبات الاخطار على الكفيل في حين يقع عبء إثبات الاعتراض على المدين .

الشرط الثالث : قيام الكفيل بالوفاء عند حلول الاجل :

يشترط لكي يرجع الكفيل على المدين ، أن يكون الكفيل قد وفي الدين فعلا وهو شرط منطقي نصت عليه صراحة المادة 800 مدني بقولها : " للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين " . ويجب أن يكون هذا الوفاء عند حلول اجل الدين ، وبالتالي لا يجوز للكفيل أن يعجل الوفاء لأن في التعجيل مخاطر تقطع الطريق على المدين فيما قد يثبت له من حقوق أو دفوع تتعلق باستمرار المديونية قائمة .

ومن ناحية ثانية فان الاجل في ذاته هو حق مقرر لمصلحة المدين وليس للكفيل أن يحرمه منه بالوفاء قبل حلول هذا الاجل . والاجل المقصود في هذا الخصوص هو الاجل الاصلي الذي لحق بالمديونية عند قيامها اما نظرة الميسرة التي تمنحها المحكمة للمدين ، وكذلك المهلة التي قد يمنحها الدائن تفضلا منه للمدين ، فكلاهما لا يلزم الكفيل بالانتظار[1] . إذ من حق هذا الاخير أن يتخلص من عبء الكفالة بمجرد حلول الاجل الاصلي دون تقيد بالاجل الطارئ – قضائيا كان أو اتفاقيا – بين الدائنين والمدين . فاذا اوفى الكفيل ملتزما بالاجل الاصلي كان له الرجوع علي المدين بالدعوى الشخصية حالا ، اما إذا عجل الوفاء فعليه أن ينتظر في هذا الرجوع إلى حين حلول الاجل الاصلي وهو يتحمل في هذه الحالة مخاطرة أن يجد فيما بين وقت الوفاء ووقت حلول الاجل الاصلي سببا من اسباب الانقضاء يتمسك به المدين ، فلا يكون للكفيل رجوع بما دفعه ، لأنه خاطر على مسئوليته بالوفاء المبتسر دون ادراك احتمالات عواقبه .

اما بالنسبة للوفاء ذاته فالمقصود به هو الوفاء بمعناه القانوني اي الوفاء بذات محل الالتزام ، ولكن للكفيل أن يقضي الدين بما يقوم مقام الوفاء وفقا للضوابط القانونية العامة في هذا الشأن ، فللمدين أن يفي بمقابل ، وله أن يقضي الدين بتجديد رابطة الالتزام بتغيير المدين ، وكذلك الانابة الكاملة ، المقاصة اتحاد الذمة إذا تصادف أن اصبح الكفيل وارثا للدائن . اما حالات انقضاء الالتزام التي لا تقوم مقام الوفاء فلا تعتبر قضاء للدين ولا تخول الرجوع على المدين ، كما لو ابرا الدائن الكفيل من التزامه بالكفالة أو سقط التزام الكفيل بالتقادم ففي هاتين الحالتين الاخيرتين لا يكون للكفيل قد اوفى بالدين بما يمنحه حق الرجوع .

مدى رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية في الكفالة ورجوعه وفقا للقواعد العامة :

---

(1) وبالمقابل لذلك فان الكفيل لا يلتزم بالوفاء المعجل إذا تنازل المدين عن الأجل ولكن له – إذا اراد أن يفي فورا وان يرجع على المدين .

نصت المادة 800 مدني فقرة 2 ، 3 على أن للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع بأصل الدين ، وبالفوائد والمصروفات من وقت اخباره المدين الاصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده وكذلك الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع ، يضاف إلى هذه العناصر ما تقرره القواعد العامة من تعويض للكفيل عما يجاوز الفوائد القانونية إذا توافرت موجباته القانونية . غير ان الكفيل قد يفقد حقه في الرجوع وفقا لقواعد الكفالة وذلك حيث يتخلف شرط أو اكثر من شروط دعوى الكفالة والسالف عرضها(1) .

وفي هذه الحالة لا يكون امام الكفيل إلا الرجوع بدعوى شخصية ولكن استنادا إلى القواعد العامة في القانون المدني . ويختلف مدى الرجوع في كل من الحالتين عنها في الاخرى ، فهو في الاولى (قواعد الكفالة) أوسع مدى منه في الثانية (القواعد العامة) .

أولا : مدى الرجوع بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة :

1- حالة الوفاء الكلي :

يتضح مما سبق أن للكفيل أن يرجع في حالة الوفاء بكامل الدين على المدين لاستيفاء اصل الدين والفوائد والمصروفات وفقا لما نصت عليه المادة 800 مدني وكذلك بالتعويضات إذا توافرت اسبابها وفقا للقواعد العامة . ونعرض لكل من هذه العناصر :

أ- أصل الدين :

ويشمل اصل الدين قدر الدين الاصلي وكذلك ما ينتجه هذا الدين من فوائد سواء كانت اتفاقية أو قانونية مادامت قد دخلت ضمن أصل الدين المكفول ، ويضاف إلى هذين العنصرين ما يرده الكفيل للدائن نظير ما انفقه هذا الاخير في مطالبة المدين .

---

(1) ويلاحظ انه إذا اوفي الكفيل بمقابل واستحق المقابل للغير فان هذا الاستحقاق ينفي الوفاء ولا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين ، وفي نفس الوقت يكون ملزما بضمان الاستحقاق لمواجهة الدائن ، ويختلف هذا الفرض عن حالة قيام المدين نفسه بالوفاء بمقابل ، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل طالما قبل الدائن هذا الوفاء حتى لو استحق المقابل بعد ذلك (مادة 783 مدني) .

وبالجملة يتضمن اصل الدين كل ما تكبده الكفيل لابراء ذمة المدين من الدين ويلاحظ أن هذه المبالغ جميعها تدخل في إطار علاقة اصل الدين المستحق للدائن في ذمة المدين .

ب- الفوائد :

ويقصد بها ما يستحقه الكفيل من فوائد عن المبالغ التي اوفى بها إلى الدائن والتي دخلت في جملة عناصر اصل الدين السابق ذكره ، والأصل في الفوائد عموما أنها لا تسري في حق المدين إلا من وقت المطالبة القضائية بها (مادة 226 ، مدني) غير أن المشرع راعي مصلحة الكفيل في المادة 800 مدني فقرر له الحق في هذه الفوائد من وقت دفع المبالغ للدائن ، وهو حكم يتفق مع ما قرره المشرع في شأن الوكيل (مادة 710 مدني) والفضولي (مادة 195 مدني) والمشرع في كل ذلك يمنح رعاية خاصة للكفيل والوكيل والفضولي .

ويلاحظ بالنظر إلى العنصرين ، اصل الدين والفوائد أن المدين يدفع الفوائد مركبة فهو يدفعها مشمولة في عنصر اصل الدين متمثلة في فوائد هذا الاصل والمستحقة للدائن في ذمة المدين ، ثم هو يدفع فوائد مرة ثانية للكفيل متمثلة في فوائد ما دفعه الكفيل من وقت الدفع عن جميع ما اوفاه بما في ذلك فوائد اصل الدين .

جـ- المصروفات :

والمصروفات المقصودة هنا هي ما ينفقه الكفيل في سبيل الوفاء بالمديونية "[1] ومنها مصروفات ارشاد الدائن عن اموال المدين توطئه لتجريده منها ، مصروفات العرض والايداع ، ومصروفات الاجراءات التي اتخذها الدائن ضد الكفيل والتي سددها الكفيل لهذا الدائن كمصروفات رفع الدعوى على الكفيل والتنبيه عليه بالوفاء وبالجملة اية مصروفات اخرى تطلبتها مطالبة الدائن للكفيل للوفاء بالدين ، ويلاحظ أن الفقرة (2) من المادة 800 مدني قد حددت نطاق هذه المصروفات بأنها تلك التي انفقها الكفيل من وقت اخباره بالاجراءات التي اتخذها الدائن ضده . ويعود هذا القيد إلى أن المدين ليس

---

(1) فهي لا تشمل المصروفات التي ينفقها الدائن فيما يتخذه من إجراءات ضد المدين لان هذه المصروفات اعتبرت كما اشرنا سلفا من اصل الدين .

مسئولا عن مصروفات إجراءات لم يتم اخباره بها . ذلك انه من وقت اخباره يصبح في مقدوره أن يتوقى تلك الاجراءات سواء بالمبادرة بالوفاء سواء بالتمسك بما قد يكون لديه من دفوع منتجة في قضاء الدين أو بطلان سنده ويستثنى من هذا القيد مصروفات المطالبة الاولى التي يوجهها الدائن للكفيل كمصروفات رفع الدعوى القضائية ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء ، ذلك أن هذه المصروفات ينفقها الدائن قبل أن يصل اي اجراء للكفيل وبالتالي لا يكون منطقيا إلزام الكفيل بالاخطار عن اخطار لم يصل بعد إلى علمه .

د- التعويض فيما يجاوز قيمة الفوائد القانونية :

قد يجد الكفيل نفسه في وضع يضطر معه إلى التضحية ببعض امواله أو مصالحه حتى يتمكن من سداد الدين مما يسبب له ضررا يتجاوز في قيمته سعر الفوائد القانونية[1] ومن قبيل ذلك أن يضطر إلى بيع ماله بثمن بخس نظرا للعجلة أو نظرا لسوء حالة السوق الراكدة ، وقد يضطر إلى عدم الوفاء بديونه الشخصية مما يكلفه تعويضا كثيرا أو قليلا . وفي مثل هذه الفروض يكون التساؤل عن احقية الكفيل في طلب تعويض يضاف إلى الفوائد القانونية المنصوص عليها في (المادة 800 مدني)[2]

كان المشروع التمهيدي للمادة 800 من القانون المدني ينص على أن للكفيل : " فوق ذلك أن يرجع بالتعويض " غير أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . وتعطي هذه القواعد العامة الكفيل الحق في المطالبة بالتعويض عما لحق لحق به من ضرر يتجاوز الفوائد القانونية ، خاصة وان هذه القاعدة معمول بها في شأن الوكيل حيث نصت المادة 711 مدني على أن يكون الموكل مسئولا عما اصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا " . كما نصت على ذات الحكم المادة 195 مدني في شأن الفضولي حيث الزمت رب العمل " أن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل " ويذهب بعض الفقه إلى أن رجوع الكفيل بالتعويض مشروط بثبوت سوء نية المدين اعمالا لنص المادة 231 مدني والتي تجري على انه " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد ،

---

(1) راجع أحمد سلامة التأمينات المدينة 1983 ص 85 .

(2) كانت هذه المسألة خلافية في ظل القانون المدني القديم .

إذا اثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية "[1] . في حين يذهب رأي اخر إلى أن استحقاق التعويض للكفيل يتم سواء كان المدين حسن النية أو سيء النية ، فالكفيل يستحق دائما التعويض عما لحق به من ضرر دون خطأ من جانبه[2] .

مدى الرجوع في حالة الوفاء الجزئي :

قد يفي الكفيل بجزء من الدين ، ويعود السبب اما إلى أن الكفيل قد قصر كفالته ابتداء على هذا الجزء واما لان الدائن قد قبل منه الوفاء على هذا النحو مع بقائه ملتزما بالباقي أو مع ابراءه من كفالة الجزء المتبقي .

وفي هذه الحالة ليس للكفيل أن يرجع على المدين إلا بقدر ما وفاه مع الفوائد والمصروفات . غير أن الدائن قد ينزل عن الباقيل للكفيل على سبيل التبرع له بالباقي . وفي هذه الحالة يجوز للكفيل أن يرجع بما اوفاه وكذلك بالباقي الذي تبرع له به الدائن ، ورجوع الكفيل في صدد هذا الجزء يتم باعتبار الكفيل محالا إليه في هذا الخصوص .

ولكن يلاحظ انه في حالة رجوع الكفيل بما اوفاه ورجوع الدائن بما يفي له من الدين فان الدائن لا يتقدم على الكفيل في هذا الرجوع ، بل يتزاحم الاثنان ، بل ويتزاحما مع الدائنين الاخرين ، فان لم تكن اموال المدين كافية للوفاء اقتسم الجميع هذه الاموال كل بنسبة ما يرجع به على المدين . وهذا الحكم يستفاد من المقابلة بين نصوص المواد 800 و 324 مدني الخاصة بالدعوى الشخصية تضع الكفيل – في رجوعه – في موقع يتأخر عن الدائن في حالة الوفاء الجزئي ، في حين أن المواد المتعلقة بالدعوى الشخصية لم يرد فيها ما يفيد التقدم المذكور ، فلزم اعمال قاعدة المساواة .

ثانيا : الرجوع بالدعوى الشخصية وفقا للقواعد العامة في الاثراء بلا سبب :

اشرنا فيما سبق إلى أن دعوى الكفالة ، والتي يرجع بها الكفيل على المدين ، مشروطه بعدة شروط وضوابط وردت في م 798 و م 800 من

(1) راجع عبد الفتاح عبد الباقي ، السابق رقم 106 ، سليمان مرقص ، السابق ، رقم 114 ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، رقم 52 .

(2) السنهوري ، السابق رقم 65 .

القانون المدني وانه إذا توافرت هذه الضوابط كان للكفيل أن يرجع مطالبا باصل الدين والفوائد والمصروفات على نحو ما بسطناه . غير أن هذه الشروط قد تتخلف كلها أو بعضها . فيغلق في وجه الكفيل باب الرجوع وفقا لها . وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى للكفيل أن يرجع على المدين وفقا للقواعد العامة في الاثراء بلا سبب . ومن اهم الحالات التي يكون للكفيل فيها في حاجة إلى ولوج هذا الطريق حالة ما إذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين ، أو أن تكون قد عقد بالرغم من اعتراض هذا المدين ، وكذلك حالة ما إذا أخطأ الكفيل في وفائه بالدين بما سبب ضررا للمدين كان يكون قد وفي الدين دون سبق اخطار المدين ، أو رغم اعتراض هذا المدين على الوفاء . ففي هذه الاحوال يلجأ الكفيل ، في رجوعه على المدين ، إلى القواعد العامة في الاثراء بلا سبب ، ولا يكون له ، بالتالي ، إلا ما توفره له هذه القواعد .

وتتمثل شرائط الرجوع في هذه الحالة في عدة مسائل بعضها يتعلق بمركز الكفيل والتزامه بالدين وبعضها يعود إلى قواعد الاثراء بلا سبب كما يتضمنها القانون المدني :

1- فمن موجبات رجوع الكفيل بداهة أن يكون قد أوفى بالدين ، ذلك أن هذا الوفاء هو مصدر حق الكفيل في الرجوع ، فلا يتصور هذا الاخير دون أن يسبقه وفاء بالدين .

2- أن يكون اجل الدين قد حل . وهذا الشرط يعكس الحرص على مصلحة المدين في الاستفادة من الاجل الممنوح له . فالوفاء قبل الاوان يلحق بالمدين ضررا ، فضلا عن انه يحول دون تحقق نفع للمدين . وهذا النفع هو شرط اساسي في الرجوع بقواعد الاثراء بلا سبب . كما سيجئ ذكره في الشرط الثالث والتالي :

3- أن يعود على المدين نفع من وراء الوفاء بالدين وهو الشرط الاساسي لرفع دعوى الاثراء ، وهو يمثل في مقام الرجوع وفقا لهذه الدعوى عنصرا اساسيا ، إذ الفرض أن الرجوع بهذه الدعوى يقوم على مفترض أن الكفالة قد نفذت لغير مصلحة المدين أو أنها عقدت رغم اعتراضه ، أو أن الوفاء قد الحق به ضررا نتيجة لعدم اخطاره قبل الوفاء وبالتالي فلا يكون هناك مجال لتسويغ الرجوع إلا بقدر ما عاد على المدين من نفع نتيجة لهذا الوفاء ، وباعتبار أن هذا القدر هو احد حدى الرجوع وفقا للقواعد العامة في القانون

المدني في هذا الخصوص (الحد الثاني هو قدر افتقار الكفيل) وعلى ما نعرض له فيما يلي :

مدى الرجوع بدعوى الاثراء بلا سبب :

نصت المادة 179 من القانون المدني على أن : " كل شخص ، ولو غير مميز ، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص اخر ، يلتزم في حدود ما اثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الاثراء فيما بعد "

ويعد هذا النص هو الاساس العام لرجوع الكفيل في الفرض الذي نعرض له ، وهو يفترض اثراء للمدعي عليه (المدين) وافتقار في جانب المدعي (الكفيل) .

وبالتالي فاذا لم يثري المدين من وراء الوفاء فلا رجوع للكفيل عليه ، ومن هنا كان شرط أن يسبق الرجوع وفاء حقيقي من جانب الكفيل ، فقبل حدوث هذا الوفاء لا يتحقق اي اثراء في ذمة المدين ، حيث لم تعد عليه منفعة بعد ، كذلك لا يستطيع الكفيل ، ولذات السبب ، أن يرفع دعوى الرجوع ، إذا كان قد وفى الدين ولم يكن اجل الوفاء به قد حل . وعلى الجانب الآخر لابد أن يكون الكفيل قد افتقر نتيجة للوفاء ، وهو الوجه الآخر لشرط اثراء المدين ، إذ أن نظرية الاثراء بلا سبب تفترض أن يترتب الكسب الذي حققه شخص على خسارة لحقت بالشخص الآخر . وهو ما يتبلور فيما سبق ذكره من أنه لا مجال للدعوى إذا كان الكفيل لم يفي بالدين اصلا .

اما من حيث موضوع الرجوع فهو اقل القيمتين ، قمة الاثراء في جانب المدعي عليه (المدين) وقيمة الافتقار في جانب المدعي (الكفيل) بمعنى أن الكفيل في الفرض المعروض لن يحصل إلا على اقل هاتين القيمتين .

وقد نصت المادة 324 من القانون المدني على تطبيق للأحكام السابقة حيث جاء فيها : " 1- إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه " 2- ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير

إرادته أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلا أو بعضا إذا اثبت أن له اية مصلحة في الاعتراض على الوفاء "

ويترتب على ما سبق أن الكفيل قد يرجع على المدين بكل ما اوفاه ، إذا عادت على هذا المدين فائدة بذات القدر (براءة ذمته) . وقد لا يستطيع الكفيل أن يرجع إلا بجزء مما اوفاه ، إذا كانت الفائدة التي عادت على المدين اقل من القيمة التي سددها الكفيل ، وذلك كما لو تبين أن للمدين دفوعا كان يستطيع بها أن يسقط جزء من المديونية لو كان الكفيل قد اخطره قبل الوفاء وامتثل لاعتراضاته وبطبيعة الحال ليس للكفيل أن يرجع بشيء إذا كان دفوع المدين تسقط كل الدين لسبب أو لأخر .

اما بالنسبة لحق الكفيل في فوائد ما يفي به فانه لا يستحقها إلا من وقت المطالبة القضائية (وليس من وقت دفعها على عكس الرجوع بدعوى الكفالة) .

واخيرا فان للكفيل أن يطالب بالتعويض عما لحق به من أضرار تجاوز الفوائد القانونية إذا اثبت أنها لحقت به نتيجة لخطأ المدين ، وذلك وفقا للقواعد العامة في المسئولية والتي لا يختلف الوضع فيها حال الرجوع بدعوى الكفالة عنها في دعوى الإثراء بلا سبب .

المطلب الثاني

الرجوع بدعوى الحلول

نصت المادة 799 مدني على انه إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين "

ويعتبر هذا الحكم تطبيقا للقاعدة العامة الواردة في المادة 326 مدني والتي تنص على أنه " إذا قام شخص بالوفاء غير المدين ، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الاحوال الاتية :

" أ- إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه " وعلى ذلك فان الاساس القانوني لدعوى الحلول هو تلك النصوص السابق ذكرها . ولم تتحفظ النصوص في شأن صفة الكفيل ، بمعنى أنه يستفيد منها

الكفيل العادي ، والكفيل المتضامن ، والكفيل العيني ، يستوي في كل ذلك أن تكون الكفالة بأجر أو بغير اجر . كما يستوي الرجوع بدعوى الحلول للكفيل سواء كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين بالاتفاق معه أو حتى رغم معارضته كما تثبت إذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن .

شروط دعوى الحلول

1- وفاء الكفيل بالدين :

وهو شرط بديهي افصحت عنه المادة 799 مدني بوضوح تام بقولها " إذا وفي الكفيل الدين .. " وهو ما يحدث عندما يكون الكفيل متضامنا مع المدين ، أو لم يدفع بالتجريد ، أو دفع بالتجريد وال دفعه إلى الفشل . ولا يشترط أن يكون الوفاء بذات محل الالتزام ، بل قد يكون بما يقوم مقام الوفاء كالتجديد والوفاء بمقابل أو المقاصة .

اما إذا انقضى الدين ولكن ليس بالوفاء أو ما يقوم مقامه فان الكفيل لا يكون له حق الحلول . ومن قبيل لذلك ابراء الدائن للكفيل من التزامه ، أو تقادم التزام الكفيل . ففي هذه الحالات الاخيرة لا وفاء ، وبالتالي فلا مجال للحلول .

2- الوفاء عند حلول اجل الدين :

يتعين للرجوع بدعوى الحلول أن يكون اجل الوفاء قد حل عند وفاء الكفيل بالدين ، فاذا ما سارع الكفيل بالوفاء قبل الاجل فان عليه أن ينتظر حلول الاجل الاصلي لامكان الرجوع بدعوى الحلول . وقد اشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني إلى ما وراء هذا الحكم كم حكمه بالقول : فان كان الوفاء قبل الاجل قد تم بغير رضاء المدين ، فان الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه في الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى في المدة بين الوفاء وحلول الاجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلا ، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين " ومعنى ذلك انه في مثل هذه الاحتمالات فان للمدين أن يدفع رجوع الكفيل بدعوى الحلول كما لو كان يدفع في مواجهة الدائن نفسه من دفوع .

موضوع الحلول فى حالة الوفاء الكلى للدين :

تنص المادة 799 مدني على أن للكفيل أن يرجع بدعوى الحلول في جميع ما كان للدائن من حقوق قبل المدين . كما أن حق الدائن ينتقل إلى الكفيل بما له من خصائص وما له من توابع . ونعرض لهذين الامرين فيما يلي :

1- رجوع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص :

فاذا كان حق الدائن ثابتا بسند تنفيذي (حكم نهائي أو عقد رسمي) فان الكفيل يستفيذ من هذه الخاصة ويستطيع استخدام هذا السند حتى ولو لم يكن بيده شخصيا اي سند تنفيذي .

إذا كان الدين منتجا لفوائد فان للكفيل أن يرجع بها ، وان لم يكن الدين منتجا لفوائد فان للكفيل الحق في الفوائد ولكن من وقت المطالبة القضائية فحسب .

يحتفظ حق الدائن بذات صفته كدين مدني أو تجاري وهو ما يحكم القواعد المتعلقة بالاثبات والفوائد والاختصاص القضائي احيانا .

يظل الحق محتفظا بخاصيته من حيث مدة التقادم الخاصة به ، سواء كان تقادما قصيرا أو تقادما طويلا .

يظل الحق الذي حل فيه الكفيل مقترنا بما له من دعاوى ، كدعوى الفسخ أو دعوى عدم نفاذ التصرف . ومن قبيل ذلك أن يكفل شخص اخر كمشتري يلتزم بدفع الثمن ثم قام الكفيل بالوفاء ، فان هذا الاخير يحل محل البائع في التمسك بالفسخ إذا لم يف المشتري بالثمن .

2- رجوع الكفيل بحق الدائن بما يضمنه من تأمينات :

يحل الكفيل محل الدائن في حقه مزودا بتأميناته الضامنة للوفاء به يستوي في ذلك أن تكون هذه التامينات شخصية أو عينية ، مقدمة من المدين نفسه أو مقدمة من غير المدين ، اتفاقية كانت (رهن ، تضامن) أم قضائية (حق اختصاص) أو بنص في القانون (حقوق الامتياز) .

ويستوي أن تكون هذه التامينات قد نشات وقت انعقاد الكفالة ا منشات في وقت لاحق لنشاتها ، كما يستوي أن يكون المال المخصص للضمان مازال باقيا في ملك المدين ام انه انتقل إلى غيره .

ونعرض فيما يلي لانتقال التامينات العينية ثم الانتقال التامينات الشخصية .

فبالنسبة للتامينات العينية :

تنتقل التامينات العينية الضامنة للدين إلى الكفيل الموفي ايا كان مصدر التامين أو محله . ويحتل الكفيل ذات المرتبة التي كانت للدائن الذي استوفي حقه . غير أنه يتعين على الكفيل أن يتخذ الاجراءات القانونية المناسبة لبقاء التامين العيني نافذا في مواجهة الغير . فاذا كان التامين العيني رهنا رسميا أو حق اختصاص أو حق امتياز خاص عقاري أو رهنا حيازيا عقاريا تعين الالتزام بواجب التاشير في هامش قيد هذه الحقوق بحلول الكفيل محل الدائن . اما إذا تمثل التامين العيني في رهن حيازي على منقول وجب أن تنتقل الحيازة من الدائن المرتهن إلى رهن حيازي إلى الكفيل الذي حل محله . وقد نصت المادة 787 مدني على أنه : " 2- فاذا كان الدين مضمونا بمنقول موهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل. 3- اما إذا كان الدين مضمونا بتامين عقاري فان الدائن يلتزم بان يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التامين ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين "

ويلاحظ أن نقل الحيازة في حالة رهن المنقول رهنا حيازيا ، وكذلك التاشير على هامش القيد في الحقوق العينية التبعية العقارية انما هي إجراءات لازمة لاستمرار التامين نافذا في مواجهة الغير ، فان لم تتخذ هذه الاجراءات كان التامين نافذا في مواجهة من قدمه فقط دون الغير .

فاذا ما استوفى الكفيل هذه الاوضاع ، وكان التامين مقدما من المدين ، اتخذ إجراءات الحجز والبيع بالمزاد العلني في مواجهته . اما إذا كان محل التامين قد انتقل إلى الغير فان للكفيل أن يتتبع المال المرهون تحت يد حائزه وفقا للقواعد المقررة بالنسبة لحق التتبع وما يرد عليه من ضوابط في حالة العقار وفي حالة المنقول ، وكذلك ما يتمتع به الحائز من أوجه دفوع ودفاع وخيارات .

بالنسبة للتامينات الشخصية :

إذا تمثل التامين الشخصي في التضامن بين المدينين فان الكفيل الذي يفي بالدين يحل محل الدائن قبل جميع المدينين المتضامنين حتى ولو كان كفيلا لبعضهم دون البعض الآخر وبالتالي فله أن يرجع على اي مدين ممن كفلهم بكل الدين الذي وفاه ، كما أن له أن يرجع على المدينين الاخرين المتضامنين بالدين ولكن بعد خصم نصيب المدينين الذي كفلهم أو على الاقل نصيب من اعسر منهم .

اما إذا كانت التامينات هي كفالة شخصية أو عينية فانها تخضع لأحكام حالة تعدد الكفلاء والتي سنعرض لها فيما بعد .

موضوع الحلول في حالة الوفاء الجزئي :

إذا وفى الكفيل بجزء من الدين ، وحل محل الدائن فيما وفاه ، وكان الدين مضمونا بعقار على سبيل الرهن مثلا ، وليس للمدين اموال اخرى ، فانهما ، الدائن بما بقى له ، والكفيل بما وفاه ، يتقدما معا في قسمة ثمن العقار عند بيعه ، ولا مجال لافضلية احدهما على الآخر .

غير أن نص المادة 330 مدني نصت على انه : " إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " . ويقوم هذا الحكم على فكرة مؤداها أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئي إلا مع احتفاظه بتقدمه على من وفاه في استيفاء ما بقى له من حقه . ويعد هذا الحكم بالتالي تعبيرا عن الإرادة الضمنية المحتملة للطرفين ، وبالتالي يجوز لهما نفي هذا المعنى بالاتفاق صراحة على خلافة. ومن ناحية اخرى فان هذه الافضلية التي قررها النص للدائن الذي قبل الوفاء الجزئي في مواجهة من وفاه ، هي ميزة شخصية لهذا الدائن وحده ، فلا تنتقل منه إلى غيره ممن قد يتقدم ويفي له بالجزء الباقي ، ويحل محله في هذا الجزء . وقد اوردت هذا التحفظ صراحة الفقرة الثانية من المادة 330 سالفة الذكر حيث نصت على انه " 2- إذا حل شخص اخر محل الدائن فيما بقى له من حق رجع من حل اخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء "

المطلب الثالث

مقارنة الدعوى الشخصية بدعوى الحلول

تتميز كل من الدعويين بمزايا بالنسبة للكفيل تفضل بها الاخرى ، ونعرض هذا الامر فيما يلي :

مزايا الدعوى الشخصية :

تتميز الدعوى الشخصية انها تخول الكفيل حقا شخصيا مستقلا عن حق الدائن . وحق الكفيل هذا مستقل بخصائصه وصفاته ، ولا يحاج الكفيل بالدفوع التي كان يجوز التمسك بها قبل الدائن . ومن قبيل ذلك انه إذا كان حق الدائن ينقضي بالتقادم القصير فان دعوى الكفيل الشخصية لا تنقضي إلا بالتقادم الطويل ، ولا يبدأ سريان التقادم في شأنها إلا من وقت وفاء الكفيل وهو وقت نشوئها فلو افترضنا أن الكفالة كانت كفالة لمستأجر في دين أجرة ، ومضت على عدم الوفاء اربع سنوات معا مؤداه انه لم تبق سوى سنة واحدة لاكتمال مدة التقادم الخمسي في دين الاجرة ، فإذا اوفى الكفيل بالدين بعد السنة الرابعة ، فان حقه في الرجوع بما اوفاه (بالدعوى الشخصية) يخضع للتقادم الطويل (15 سنة) ومن وقت الوفاء . في حين انه لو رجع بمقتضى دعوى الحلول تعين عليه أن يرفع الدعوى قبل مضي السنة الخامسة التي تكتمل بها مدة التقادم الخمسي .

2- انه لا يشترط في الدعوى الشخصية أن يستوفي الدائن جميع حقه ، إذ يستطيع الكفيل أن يرجع بمقتضاها في حالة الوفاء الجزئي دون أن ينتظر إلى حين استيفاء الدائن باقي حقه . كما أن للكفيل أن يزاحم الدائن الذي يطالب بما بقى له ، وان يقسم معه أموال المدين قسمة غرماء ، والامر على خلاف ذلك في دعوى الحلول اذ يتأخر الكفيل في حالة الوفاء الجزئي على الدائن في الاستيفاء .

3- أن الدعوى الشخصية تعطي للكفيل ميزة اوسع في مدى الرجوع اذ بمقتضاها يرجع الكفيل بما اوفاه من اصل الدين والفوائد عن المبالغ التي دفعها من وقت الوفاء كما يشمل الرجوع المصروفات التي

انفقها الكفيل أو التي انفقها الدائن في مواجهة الكفيل . أما دعوى الحلول فلا تخيل الكفيل رجوعا بالنسبة للفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية بها وفقا للقواعد العامة ، أو إذا كان الدين منتجا لفوائد وبسعرها المقرر بالنسبة له .

مزايا دعوى الحلول :

1- لا يجوز للكفيل أن يرجع بالدعوى الشخصية إذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن وحده ، أو كانت قد عقدت رغم اعتراض المدين(1) . أما ميزة دعوى الحلول فإنها تخول الكفيل أن يرجع بما اوفاه حتى في هاتين الحالتين المشار اليهما . كذلك يخول الحلول الرجوع حتى ولو لم يكن الكفيل قد اخطر المدين بعزمه على الوفاء .

غاية الامر انه قد يتعرض في هذه الحالة لدفوع كان للمدين أن يوجهها للدائن ويوجهها بالتالي للكفيل . أما دعوى الكفالة فان عدم اخطار المدين بالعزم على الوفاء يؤدي إلى سقوط حق الكفيل في الرجوع بقدر ما اصاب المدين من اضرار نتيجة لعدم الاخطار المسبق .

2- أن دعوى الحلول تعطي للكفيل المدني حق الحلول محل الدائن بما كان له من تأمينات تضمن الوفاء بالدين ، وهذا هو اهم ما يدفع الكفيل إلى اختيار دعوى الحلول بدلا من دعوى الكفالة الشخصية . وتثبت للكفيل ميزة التأمينات الضامنة حتى في فرض كفالة الدين رغم اعتراض العين ، وحتى لو كانت الكفالة لمصلحة الدائن المحضة .

---

(1) أن كان الكفيل هنا يستطيع الرجوع وفقا لدعوى شخصية في حدود القواعد العامة وهي تخوله حدودا اقل في رجوعه على المدين فيما تخوله دعوى الكفالة (الاثراء بلا سبب) راجع ما سبق ذكره ف هذا الخصوص .

المبحث الثالث

بعض اوصاف الكفالة وتعدد الكفلاء

ترد بعض الاوصاف الخاصة بالكفالة وقد تغير نسبيا من احكامها . ونعرض فيما يلي لأهم هذه الاوصاف وما يرتبط بها من أحكام هامة . فنعرض لحالة كفيل الكفيل ثم للكفالة العينية ، فتعدد الكفلاء .

المطلب الأول

كفيل الكفيل (المصدق)

نصت المادة 797 من القانون المدني على انه " تجوز كفالة الكفيل ، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل "

ومن هذا التعريف يتضح أن كفيل الكفيل هو شخص يقوم بضمان وفاء الكفيل بالتزامه فمسئوليته اذن مسئولية تابعة لالتزام الكفيل ، أي مسئولية من الدرجة التالية لمسئولية الكفيل الأول .

وتطبق على مسئولية المصدق كافة الاحكام المتعلقة بالكفالة سواء فيما يتعلق بانعقاد العقد واركانه وشرائط صحته ، سواء فيما يتعلق باثار الكفالة أو بانقضائها .

ويلاحظ أن كفالة الكفيل لا تفترض ، فإذا وجد كفيلان في وقت واحد افترض فيهما انهما كفيلان اصليان وليس على سبيل كفالة الكفالة الأصلية .

ويعتبر الكفيل الأول مدينا اصليا بالنسبة للكفيل الثاني (المصدق) ، وبالتالي فالتزام الأخير تابع الالتزام الأول . ويترتب على هذا المنطق أنه يجوز للمصدق أن يتمسك بكافة دفوعه الناشئة عن عقد كفالته ، كما يجوز له أن يتمسك بكافة الدفوع المتعلقة بدفوع الكفيل ، وكذلك له التمسك بدفوع المدين . وبالتالي فله التمسك ببطلان أو قابلية التزامه هو للبطلان ، كما له أن يتمسك بانقضاء التزامه لأي سبب من اسباب الانقضاء ، وله أن يستخدم حقوق الكفيل الذي كفله باسم هذا الكفيل .

وللمصدق أن يدفع المطالبة بضرورة سبق مطالبة المدين الأصلي والكفيل (ما لم يكن متضامنا مع هذا الأخير (مادة 797 مدني) . كما أن للمصدق أن يدفع بالتجريد سواء بالنسبة لمدين أو بالنسبة للكفيل (ما لم يكن متضامنا مع ايهما أو معهما معا) . كما أن له أن يتمسك بضرورة التنفيذ على محل الكفالة العينية التي هيأها المدين الأصلي ، وشأنه في ذلك شان الكفيل الأصلي .

وإذا تعدد الكفلاء فكانت كفالتهم بعقد واحد ، ولم يشترط التضامن فيما بينهم ، كان كل منهم مسئولا فقط عن نصيبه في الدين فحسب ، أي انهم يستفيدون من حق التقسيم ، كذلك الحكم لو كانت كفالتهم بعقود متتالية ولكنهم احتفظوا الحق في التقسيم . وهذا التقسيم ، على هذا النحو ، غير وارد بالنسبة للمصدقين ، فهو غير وارد بين الكفيل وكفيل الكفيل .

وإذا قام المصدق بالوفاء بالدين كان من حقه الرجوع على المدين الكفيل أما بالدعوى الشخصية وفقا لما سبق ذكره من احكامها ، وأما بدعوى الحلول . وإذا تعدد المصدقون فان حكم الرجوع يختلف في حالة تضامنهم عنه في حالة عدم التضامن . فإذا كانوا متضامنين وقام احدهم بالوفاء بالدين كان من حقه الرجوع على زملائه كل بقدر حصته بعد تحمل نصيبه في حصة من يكون معسرا من بينهم . أما إذا كانوا غير متضامنين فان كل منهم يتحمل نصيبه في الدين فحسب .

واخيرا ينقضي التزام المصدق أما بصفة مستقلة أي دون ارتباط بالالتزام المكفول وأما بصفة تبعية أي تبعا لانقضاء التزام الكفيل ، وهو ما تمليه القواعد العامة في انقضاء الكفالة .

المطلب الثاني

الكفيل العيني

الكفيل العيني ، وعلى ما سبق تعريفه في موضع سابق ، هو شخص يضمن الوفاء بالدين ولكنه يحدد ضمانه في حدود مال معين أو أكثر من أمواله لضمان هذا الوفاء " فالكفيل العيني لا يتحمل التزاما شخصيا بالضمان في كامل ذمته المالية وضمانه العام ولكنه يحصر التزامه بالضمان في صورة عينية لا يتجاوزها فيصبح للدائن حقا عينيا تبعيا على مال أو أكثر من أموال

الكفيل ، وبالتالي فالكفالة العينية هي نوع من الرهن رسميا أو حيازيا (بحسب الحال) ولكنه رهن قدم من غير المدين وهو الكفيل العيني . ومن هنا كانت الكفالة العينية خاضعة لأحكام الرهن الرسمي والحيازي في شأن انعقادها ونفاذها خاصة ما تعلق من أحكام النفاذ بالشهر واجرائه وقيده وتجديده .

ونظرا لان مسئولية الكفيل محددة عينيا في حدود المال المخصص للوفاء ، فان مصلحته تتمثل في الوفاء بالدين ، من جانبه أو من جانب المدين ، لكي يخلص الشيء المرهون من عبء الرهن ، ونظرا لانه ضامن وليس مسئولا مسئولية شخصية عن الدين فقد اعطى له القانون مكنة التخلي حتى لا تتبع في مواجهته اجراءات نزع الملكية ، وهو في هذه الميزة يستوي مركزه بمركز حائز العقار المرهون . كما يترتب على التحديد العيني لمسئولية الكفيل العيني اثران هامان اخران :

1- أنه لا يجوز للدائن أن ينفذ على أي مال اخر من أموال الكفيل العيني وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة 1050 مدني بقولها : " إذا كان الراهن شخصا اخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال " وينبني على هذا المبدأ زوال مسئولية الكفيل العيني بهلاك المال المرهون أو خروجه من ملكه أو استخدامه لمكنة التخلي السالف ذكرها .

2- أن الكفيل العيني ليس له الحق في الدفع بالتجريد لان منطق الكفالة العينية هو كمنطق الرهن ، فمبنى كل متهما تخويل الدائن الحق في مباشرة اجراءات التنفيذ مباشرة على المال المخصص للوفاء بالدين دون حاجة لاشتراط تجريد المدين من أمواله . غير أن عدم جواز التمسك بالتجريد ليس امرا متعلقا بالنظام العام وليس هناك ما يمنع بالتالي من أن يحتفظ الكفيل بحقه في التجريد بمقتضى الاتفاق (مادة 1050 مدني : لا يكون له حق الدفع بالتجريد ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) أما فيما عدا ما سبق ذكره فان مركز الكفيل العيني يستوي بمركز الكفيل الشخصي من حيث تبعية التزامه بالالتزام المكفول وما يترتب على هذه التبعية من اثار واحكام سواء فيما يتعلق بالتمسك بالدفوع أو فيما يتعلق باحكام الرجوع على المدين بما اوفاه .

واخيرا يلاحظ انه رغم أن الكفيل العيني يتمتع بذات ميزة التخلي المقررة لحائز العقار المرهون (باعتبار أن كل منهما ليس مسئولا مسئولية شخصية عن الدين) إلا أن هناك من الفروق الجوهرية ما يميز بين مركز الحائز ومركز الكفيل ومنها :

1-أن للحائز مكنة تطهير العقار المرهون ، أما الكفيل العيني فلا يملك هذه المكنة ، لأنها لا تعطي لمن كان راهنا سواء كان مدينا اصليا أو كفيلا عينيا .

2-أن للكفيل العيني أن يدفع باضاعة التأمينات في مواجهة الدائن ، أما الحائز فليس له حق التمسك بهذا الدفع اذ لا يملك من المكنات أكثر مما هو مقرر للمدين الذي تلقى عنه ملكية العقار المرهون ، وبالتالي فالمدين ، وكذلك الحائز ، لا يملك الدفع باضاعة التأمينات .

3-أن من حق الكفيل العيني أن يفي مع الحلول محل الدائن في التأمينات التي تضمن الوفاء بذات الدين وبالتالي له أن يقوم بالتنفيذ على الحائز . أما الحائز إذا اوفى فليس له أي حق في الرجوع على الكفيل .

المطلب الثالث

تعدد الكفلاء والتضامن

أولا : تعدد الكفلاء بغير تضامن فيما بينهم :

قد يتعدد الكفلاء في الدين الواحد ، غير أن هذا الدين الواحد قد يكون في ذمة مدين واحد ، أو في ذمة عدة مدينين . وفي هذا الفرض الأخير قد يكون التزامهم قد تم بموجب عقد واحد أو على العكس بموجب عقود متتالية كما انه في حالة التعدد من الجانبين فان كل كفيل قد يكون قد كفل جميع المدينين وقد يكون كفل البعض دون البعض .

1-تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد :

نصت على هذا الفرض المادة 792 مدني حيث نصت الفقرة الأولى منها على انه إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة .

ويتضح من هذا النص أن الكفلاء يلتزمون في الفرض المعروض بتقسيم الدين فيما بينهم بحيث يقتصر التزام كل كفيل منهم على نصيبه في المديونية ، وهو التزام لا يقتصر قيامه على الكفلاء فيما بينهم ، بل ينصرف إلى الدائن أيضا ، اذ يلتزم هذا الدائن بالتقسيم على الكفلاء وبحيث لا يجوز له الرجوع على أي منهم إلا بقدر نصيبه فحسب . وإذا قام كفيل بوفاء ما يخصه على هذا النحو فانه بطبيعة الحال لا يرجع على الكفلاء الآخرين بشيء .

ومن ناحية اخرى فان تقسيم الدين على الكفلاء كل بحسب نصيبه يؤدي إلى تحمل الدائن لنصيب من يعسر أو يفلس من بين هؤلاء الكفلاء المتعددين . وتعتبر هذه النتيجة الاخيرة حكما منطقيا ينبني على قاعدة الزام كل منهم بوفاء نصيبه ، وفي حدود هذا النصيب ، وفقا لقاعدة التقسيم ، فحسب . ولذلك فإذا حدث أن اوفى كفيل بكل الدين فانه يكون قد اوفى بما هو غير ملزم به . ويؤثر هذا المعنى الأخير في حق الكفيل في الرجوع . فهو بالنسبة لوفائه في حدود ما يلتزم به (نصيبه وفقا

للتقسيم) يستطيع الرجوع على المدين باحدى الدعويين دعوى الحلول أو الدعوى الشخصية . أما بالنسبة لما يفي به متجاوزا حدود نصيبه فليس امامه سوى الرجوع وفقا للقواعد العامة في الاثراء بلا سبب . وهو يستطيع الرجوع بهذه الدعوى الاخيرة بالنسبة للقدر الزائد على الكفلاء الآخرين – كل بقدر حصته – وبذات دعوى القواعد العامة فقط . وتعود هذه القاعدة الاخيرة وحق الرجوع بها على هذا النحو إلى أنه أي الكفيل الموفي – في رجوعه بما اوفى زائدا – ليس كفيلا لزملائه حتى يمكنه الرجوع بدعوى الكفالة ، كما انه ليس ملتزما معهم أو عنهم حتى يستطيع الرجوع بدعوى الحلول .

ويلاحظ أن كل هذه الضوابط والاحكام السابقة لا ينطبق إلا على فرض تعدد الكفلاء البسيط والمحدد في صدر هذا العرض ، وبالتالي فهو يقوم على عدة مفترضات لازمة ابانت عنها الفقرة الأولى من المادة 792 مدني أما إذا انتفى هذا الفرض بان تعدد الكفلاء بعقود متتالية فالاصل أن كل منهم مسئول عن الوفاء بكل الدين فهم مسئولون بالتالي على سبيل التضامم . وقد نصت على هذا الفرض الثاني الفقرة الثانية من (المادة 792 مدني) بقولها : " أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متتالية فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم "

وواضح من هذا النص الأخير أن الفرض هو التزام كل كفيل لا ينقسم بين هؤلاء الكفلاء المتعددين ، غير أن عدم الانقسام هي مجرد قرينة قانونية اقامها المشرع بافتراض أن هذا هو ما يعبر عن قصد الكفيل حين يلتزم بعقد مستقل ، على نحو تنصرف معه إرادته إلى تحمل المسئولية عن الوفاء بكل الدين . ولكن هذه القرينة بسيطة ، أي تقبل اثبات العكس ، اذ يجوز لاي كفيل أن يقيم الدليل[1] على أن قصد أن يشارك في ضمان الدين مع الكفلاء الآخرين بقدر نصيب لكل منهم في

---

(1) يرى الأستاذ الدكتور سليمان مرقص أن الدليل العكسي لابد أن يكون كتابة أو بما يقوم مقام الكتابة ذلك أن محل الاثبات إرادة ذات اثر قانوني أو بعبارة اخرى عمل قانوني ولان هذا العمل القانوني لو ثبت أن يعدل من اثار عقد الكفالة وهي عمل قانوني يجب وفقا للقانون المدني اثباته بالكتابة فلا يجوز اثبات تعديله إلا بالكتابة أيضا أو بما يقوم مقامها – سليمان مرقص – السابق .

الالتزام به ، وإذا كان الدليل المشار إليه يمكن اقامته عند المنازعة ، فان لكل كفيل ، ومن باب اولى ، أن يحتفظ لنفسه بالحق في التقسيم صراحة في عقد الكفالة . وقد عبرت المادة 796 مدني عن هذا المعنى صراحة بقولها " إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم "

2-تعدد كفلاء الدين الواحد في ذمة عدة مدينين :

وفي هذه الحالة نفرق بين فرضين :

الفرض الأول : كفالة جميع المدينين :

أن يكون المدينين المتعددون غير متضامنين وكفلهم جميعا كل الكفلاء (بغير تضامن بين الكفلاء) وهنا ينقسم الدين بين الكفلاء أن كانت كفالتهم بعقد واحد ، أي تحمل كل كفيل بقدر نصيبه فحسب . أما إذا كانت الكفالة بعقود متوالية فلا يجوز التقسيم إلا إذا احتفظ الكفيل بحق التقسيم كما لا يجوز التقسيم إذا كانت الكفالة على سبيل التضامن .

الفرض الثاني : كفالة بعض المدينين :

في حالة اولى يكون المدينون غير متضامنين ويكفل فيها كل كفيل من الكفلاء المتعددين بعض المدينين وتتعدد بالتالي الديون بقدر عدد المدينين ويلتزم كفيل كل مدين بدين هذا المدين فحسب . وفي حالة ثانية يكون المدينون متضامنين ويكفلهم بغير تضامن وبعقد واحدة عدة كفلاء انقسم الدين بين الكفلاء . أما إذا كانت الكفالة بعقود متوالية فلا حق في التقسيم إلا باشتراط في عقد الكفالة على نحو ما اسلفناه ووفقا لما نجمله فيما يلي :

1-أن الكفالة كانت عن دين واحد وفي ذمة مدين واحد . فالتعدد في جانب الكفلاء فقط . وتعدد الكفلاء على هذا النحو كان هو مبنى التقسيم فيما بينهم وفق ما جاء بالفقرة الأولى من المادة 792 مدني والسالف ذكرها .

والتقسيم المشار إليه في النص هو فقط بين الكفلاء الملتزمين ، فلا وجه للتقسيم بين الكفلاء – أو احدهم – وبين المدين كما لاوجه للتقسيم بين

احد الكفلاء وكفيل الكفيل وذلك لأنهما لم يكفلا دينا واحدا ، بل أن الكفيل كفل التزام المدين الأصلي في حين كفل المصدق التزام الكفيل ، فالمحل في كل من الحالتين مختلف عنه في الاخرى .

كذلك لا محل للتقسيم لو تخلف الفرض بأن تعدد المدينون وكانوا متضامنين وكفل كل كفيل مدينا منهم ، اذ يلتزم كل كفيل بكامل دين المدين الذي كفله .

2-إلا يكون قد صاحب تعدد الكفلاء اتفاق على عدم التقسيم . يستوي أن يكون التنازل صريحا أو ضمنيا فالتقسيم مقرر قانونا لمصلحة الكفلاء المتعددين وهو ليس متعلقا بالتالي بالنظام العام فيجوز النزول عنه ، غير أن على القاضي أن يكون حريصا في استخلاص النزول .

فالنزول لا يفترض ببساطة – ويتعين أن يكون واضحا عن عبارة تفيد معناه بجلاء أو من اتخاذ موقف لا تدع الظروف مجالا للشك في دلالته على حقيقة المقصود منه ، ويعتبر من الادلة القاطعة على النزول عن التقسيم قبول الكفلاء أن يتحولوا إلى متضامنين فيما بينهم حيث يصبح كل منهم بمقتضى التضامن مسئولا عن كل الدين ولا يجوز له بالتالي التمسك بالحق في التقسيم لأنه أصبح كفيلا متضامنا مع المدين ، ويتعين عليه في هذا الفرض أن يفي وحده بكل الدين إذا طالبه الدائن بذلك .

3-أن يكون الكفلاء قد التزموا بعقد واحد ، وهو شرط يبرر مفهوم انقسام الدين لأن الكفيل الذي يلتزم في عقد واحد مع كفلاء اخرين لذات الدين في ذمة ذات المدين يكون قد اعتمد في قبوله للكفالة على وجود الاخرين وتحمل كل منهم نصيبه محسوبا وفق العدد الكلي للكفلاء وهو فرض يختلف عن الكفالة المتعددة الأشخاص بعقود متتالية ، اذ يغيب في هذه الحالة الاخيرة الافتراض المشار إليه .

ونعرض لهذا الفرض الأخير فيما يلي :

3-إذا تعدد الكفلاء بعقود متتالية :

قد يتعدد الكفلاء في دين واحد ، في ذمة مدين - ولكن بعقود متتالية ، وكما اشرنا سلفا لا يعتمد احدهم على الآخرين ومن هنا كانت القاعدة – على عكس الفرض السالف عرضه – انه لا انقسام للالتزام بالدين فيما بينهم ، فكل منهم قد كفل كل الدين بعقد مستقل.

ثانيا : تعدد الكفلاء مع التضامن :

1- التضامن فيما بين الكفلاء :

في الفروض السابقة تعرضنا لفروض يتعدد فيها الكفلاء دون تضامن بينهم وفي هذا الفرض يتعدد الكفلاء ولكنهم يتضامنون فيما بينهم في الوفاء بالدين . وقد ينشأ هذا التضامن أما بالاتفاق ، وقد ينشأ عن نص القانون مباشرة .

ويطبق على الكفلاء المتضامنين فيما بينهم أحكام التضامن كما وردت في القانون المدني . ومعنى ذلك من ناحية انتفاء التقسيم فيما بينهم ، اذ يستطيع الدائن أن يطالب كل منهم بكل الدين . وذلك نزولا على وحدة المحل ووصف التضامن في التزام الكفلاء . كما يجوز لكل كفيل أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به ، وكذلك بما قد يتوافر من دفوع مشتركة بين جميع الكفلاء ولكن ليس له أن يتمسك بوجه دفع يستقل به كفيل اخر . وإذا انقضى التزام أي كفيل بسبب غير قضاء الدين كالمقاصة والتجديد والتقادم واتحاد الذمة ، فان اثر هذا الانقضاء يقتصر على الكفيل صاحب الشان ، ولا يجوز لاي كفيل اخر أن يتمسك به إلا بقصد انقاض المديونية بقدر حصة الكفيل الذي انقضى التزامه ، ويعتبر هذا الحكم الأخير تطبيقا لفكرة تعدد الروابط . ومن ناحية اخرى فان النيابة التبادلية تقوم بين الكفلاء المتضامنين . وإذا قام كفيل بالوفاء بكامل الدين كان له أن يرجع على الآخرين كل بقدر حصته فحسب ، حتى ولو كا رجوعه بمقتضى دعوى الدائن مع الحلول .

2-التضامن بين الكفلاء والمدين:

سبق أن اشرنا إلى ما نصت عليه المادة 795 مدني من انه في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين . ومؤدى هذا النص

أن الكفيل القضائي وكذلك الكفيل القانوني يكون متضامنا مع المدين وذلك أن الكفيل في مثل هذه الحالة يقدمه المدين لضمان المنزلة ، وهو ملزم بتقديمه بموجب حكم المحكمة وبموجب نص القانون .

ومفاد كل ذلك أن التضامن مع المدين ، بالنسبة للكفلاء قد ينشأ أما استنادا إلى نص القانون أو حكم محكمة كما سلف ذكره وأما بمقتضى اتفاق بين الأطراف .

وبالنسبة للاتفاق : كمصدر للتضامن لابد أن يراعي ما سبق ذكره من ضرورة أن يكون الاتفاق عليه واضحا لا يشوبه الشك ، حيث يتعين أن يفسر الغموض لمصلحة الكفيل ، فالتضامن الاتفاقي لا يمكن افتراضه ، غير أن الاتفاق عليه قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، وعلى من يدعي قيام التضامن أن يقيم هو الدليل علي صحة ما يدعيه وقد يرد – التضامن في عقد إنشاء المديونية ذاته حيث يطلب الدائن كفيلا يوقع على العقد ويطلب أن يكون الكفيل متضامنا مع المدين ، وقد تضاف الكفالة التضامنية في عقد مستقل لاحق .

أما عن القانون كمصدر للتضامن ، فمن أمثلته ما نصت عليه المادة 139 من القانون التجاري في شأن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا من أن الضمان الاحتياطي يكون على الساحب أو المحيل ، ويلزم الضامن احتياطيا بالوفاء على وجه التضامن بالدين ما لم توجد شروط بخلاف ذلك بين المتعاقدين ، وإذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير الورقة التجارية ، فان القابل ، والمحيل كفلاء متضامنون .

الفهرس